الهداية في شرح البداية

مع غاية الدراية لمقدمة الهداية

تالیف

مولانا ابی الحسنات محمد عبدالحی الانصاری

المکتبۃ الرشیدیۃ
سرکی روڈ کوئٹہ فون: ۶۶۲۲۶۳

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال

الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا

اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب أما الثبوت فلقوله عليه السلام

الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا

اذا كان طريقهما واحد أو لقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته

ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم

فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه

من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه

لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل

اتصال تأبيد وقرار فيثبت لحق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بورود الشرع

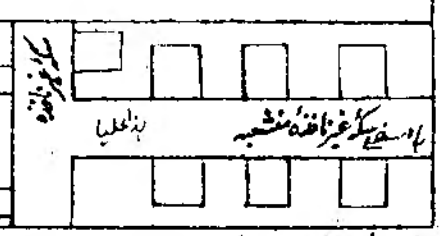
له قوله او لقوله عليه السلام الجار احق بسقبه الخ قال كان شيخنا الامام يقول العجب منهم يزعمون انهم من اصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى انهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلاجله سموا اصحاب

وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار
على ما عرف وقطع هذه المادة بتلك الاصل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه
اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام
الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في
الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة
صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه
مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد
بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع
وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد
تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان بمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين
المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها
وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح لان
اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة
بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري
فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف رح
ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام

كتاب الشفعة

وجرى عمل القضاة على هذا انظر المادة (١٦٤٦) اهالي القرية الذين عددهم يزيد على المائة يعدون قوما محصورين ١٢ والايضاح في المادة (١٦٤٧) والايضاح في المادة (١٦٤٤)

فان كانت سكة غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في
مستطيلة ١٢ — حالية ١٢
السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين
المنشعبة ١٢ — كانا فيها ١٢ — اي مشغولة ١٢ — لان
المعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على
وجه ١٢
قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه
اي المصنف ١٢ يعني
شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه
جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع
اي محمد في جميع الكتب ١٢ يعني — الدور ١٢ اي
الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال
اي منافع
الشافعي رح هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها تكمل منفعته
فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون
في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا لان كمال السبب فكثرة
الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى
اي اخر مشفع — اي مشفع
بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط
اي بالشفيع ١٢ — اي بمجلد اورد ملك غير لانه لا يتولد من ملكه ١٢
بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عدد هم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل
منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحضور على عدد هم لان الغائب لعله لا يطلب
وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر اخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد
تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي
بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع



١ قوله فان كانت سكة غير نافذة الخ انظر هذا البحث في الهداية في الصفحة ١٤٤ ج ٣ حيث قال واذا كانت سكة نافذة مستطيلة تنشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة

ومعناه بعد الا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما
تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع
اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه **قال** وتستقر بلا اشهاد ولانه من طلب المواثبة لانه حق
ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليقام بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج
الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد **قال** وتملك الاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم
لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة و
تظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار
المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في
الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند
معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال اذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب
المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا
ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب الشفعة في اوله او في وسطه فيقرأ الكتاب الى آخره
بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ رح وهو رواية عن محمد وعنه ان له
مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من
زمان التأمل كما في الخيارة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله

لـ قوله وعلى هذا عامة المشايخ الخ وفي جواهر الفتاوى ما يؤيده حيث صرح بوجوب الطلب على الفور وان عليه الفتوى قال في
رد المحتار .... وهذا القول مناسب لتسميته طلب المواثبة .... والحاصل انه قد اختلف التصحيح في ذلك (بقية ٣٩١)

او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه
لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال صار بتاعها
وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله
في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة ولا شهادة فيه ليس بلازم
انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ
يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة لو اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ
الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند
ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان المخبر صادقا
واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخوانه فيما تقدم وهذا بخلاف المخبرة اذا اخبرت
عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة
في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه
الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد
والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع
في يده معناه لم يسلمه الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته
وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع
لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما لانه لا يد له
ولا ملك فصار كالاجنبي في صورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها

وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط

تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك

وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند

ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف قال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح

معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته

لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول

محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذرا

نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه اجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه

قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه

وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في

حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير

بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا **قال** واذا تقدم الشفيع

الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي

يشفع به والا كلفه باقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال

يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا

فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها

فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تقرر دعواه على ما قاله الخصاف رح وذكر

كتاب الشفعة

في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد

قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم ان له مالك للذي ذكره مما يشفع به

معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم

فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله

القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر لا تباع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة

لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة **قال** فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع

او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على

السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات

لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات **قال** وتجوز المنازعة

في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن

وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن

ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال

المشتري ووجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط

احضاره واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند

محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له

ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي **قال** وان حضر

الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد

مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة

على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع

فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار

اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان

البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور

ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو موجب الفسخ الا انه يبقى

اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو

المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه

من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تملكه بالقبض في الوجه الاول امتنع قبض المشتري

وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا

لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه **قال**

الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل

كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة

معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان

البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع

وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية

وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة

له قوله ويجعل العهدة عليه الخ (ويجعل العهدة) اي حقوق العقد كضمان الدرك وتسليم المعقود والصك القديم ١٢ مجمع الانهر ص ٢٧٤٧٦

بمنزلة الشراء لا يرى فيه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار ان كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة

من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه **فصل** في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار

عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي

عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ لا نص ههنا فلا يتحالفان

قال ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح البينة بينة

المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدد ولهما انه لا تنافي بينهما

فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى

بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخير لبينة الوكيل

لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها مجمعة على ما روي عن محمد رح واما المشتري

من العدو قلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم

نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة

المشتري غير ملزمة والبينات للالزام **قال** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى

البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشتري

وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال

المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين

ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن

كتاب الشفعة

جلة

ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله **قال** والمدعى للبائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما
نكل ظهران الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف
ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** وان كان قبض الثمن
اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج
هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن
غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع
تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال
قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط
اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل** فيما يؤخذ به المشفوع **قال** واذا حط البائع عن المشتري
بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض
يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها
الشفيع بالثمن حط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق
باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد للمشتري البائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع
لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه
منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له
ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها
الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله

بالمقول وقد بيناه في البيوع الخ حيث قال وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ١٢ الهداية ص ٣٠٧٨

لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما ملكه

فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا

فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة ١٢ ع

بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه

اي لان كل واحد منهما بدل الآخر ١٢

بقيمته **قال** واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر

اي القدوري ١٢

حتى ينقضي الاجل فيأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول

مجمع

الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة بيع فيأخذه باصله ووصفه

ثمن ١٢ يقال دين مؤجل ودين حال ١٢ منه

كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضاء

به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق

اي بالاجل ١٢ بفتح الميم وهو مصدر لو الرجل بالضم ١٢ ع اي الاجل

المشتري لو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم

الاجل ١٢ اي الاجل ١٢

ولاء غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري

اي باعه بالتولية ١٢ اي حقه ١٢

لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما

لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له

اي الرجوع ١٢ اي الى انقضاء الاجل ١٢

ذلك لان له ان يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل

اي القدوري ١٢

مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رحمه

طلب ١٢ الشفعة ١٢

خلافا لابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن

دليل للطرفين ١٢ اي عند العلم به ١٢ ع

من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي

اي القدوري ١٢ عيني

بخمر او خنزير وشفيعه ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة

له قوله بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رح الخ الفتوى على قول الطرفين كما اشار اليه صنيع الهداية وصرح في شرح المجلة ان الشفيع لو اخر طلب التمليك بعد الاشهاد بلا عذر شرعي يسقط حق شفعته وهذا صريح في انه لو كان (بقية ٣٩٨)

فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الأول بالمثل

والثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر

لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم والتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما او ذميا اخذ المسلم

نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف

قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر رطب فيأخذ الشفيع

بعد انقطاعه بقيمة الرطب كذا هذا **فصل قال** واذا بنى المشتري او غرس قضي للشفيع بالشفعة

فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه

لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان

عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه

والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع

المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفعا على الضررين يتحمل الادنى فيصار اليه

ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق

فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض

بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل

بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى

فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا واما لا يقلع استحسانا لان له نهاية

معلومة ويبقى بالاجر ليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب

ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لان تبين انه اخذها بغير حق

ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن

ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور

ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع

من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير

فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من

غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصيرا مقصودين ولهذا يبيعهما مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة

بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك

لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة

بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان

الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مقصودا فلم يبق تبعا **قال** ومن

ابتاع ارضا وعليها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر

وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير

ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار

وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد

المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع يتعلق البيع سريانه اليه على ما عرف في ولد المبيع

قال فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق

بتما للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جدّه المشتري
يعني مختصر القدوري ١٢ ع
سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا
اي الصفة ١٢ عيني
فيقابله شئ من الثمن اما في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن
موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله اعلم

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان
اي القدوري ١٢ عيني ثابتة ١٢ وصلية ١٢
الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في
كل شئ عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر
في اوائل كتاب الشفعة ١٢ الرحا بالرحى بيت الرحى ١٢ ع
والطريق **قال** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على
اي القدوري ١٢ عيني رواه جابر عنه عليه السلام كذا قال الزيلعي في تخريجه ١٢ حديث ١٢
مالك الارض في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في
المنقول لا يدوم بحسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل
فان النقول تشترى ويباع مادة على حسب الحاجة ولا كذلك العقار ١٢ اي مختصر القدوري ١٢
اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث
بسوره ١٢ اي البناء او النخل ١٢
يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه تابع من حق القرار
التحق بالعقار **قال** والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب
والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل
والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة
اي القدوري ١٢ يعني

بناء عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف والاراضي الاميرية ١٢

لان امكن مراعاة شرط الشرع فيه هو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر **قال** ولا شفعة

في الدار التي تزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد

او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست

باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع في قلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة لان هذه

الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر مثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها

راسا وقوله تعالى فيما اذا جعل شقصا من داره مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا في نحن نقول ان تقوم

منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم في العتق غير متقوم

لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها

الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه

مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رح وقالا تجب

في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه هو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد

بشرط النكاح فيه فلا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة

حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه

قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا

ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح ويصالح عنها بانكار مكان له عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي

الدار في يده فهو يزعم انه لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال

افتداء لليمين وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما

له قوله فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة الخ الفتوى على قول الامام حيث قدم قوله صاحب ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر ص ٤٨١ ج ٢ وقواعد صاحب الهداية دليله وذان من الترجيحات كما علمت من قبل ١٢

استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت
الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه

قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان
لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن
العوض شرطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع **قال** ومن باع
بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان سقط الخيار وجبت الشفعة
لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عنده سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال
الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق
والشفعة تبتنى عليه ما لم واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه
يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة
اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري فيه اشكال اوضحناه في البيوع
فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ
ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر يشفع
الدار الاولى لان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية **قال** ومن ابتاع
دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض
لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد
فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا

وفي البيع الفاسد ممنوع عنه **قال** فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت

دار بجنبها وهي في يد البائع بعد قبل الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك

له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم

بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت الماخوذة

بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع

ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري

فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفيع

الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ

من كل وجه فعاد الى القديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه

وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما

وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي فللشفيع

ثالث مراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف

وفي الجامع الصغير لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد

بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب

القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء

فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

له قوله او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة الخ الا انه يشترط في الاقالة ان تكون بلفظ الاقالة فلو بلفظ مفاسخة او متاركة او تراد لا تكون بيعا جديدا اتقانا ١٢ شرح المجلة لسليم رستم ص ٧١ ـ

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن
اى القدورى ١٢ عينى — اى طلب المواثبة ١٢ ك — حاشية ١٢ ان لم يأخذ صفة او لم يكبر فى الصلوة ١٢ ك

الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة وكذلك ان اشهد فى المجلس ولم يشهد
اى اشتراط القدرة ١٢ ع — اى حالة الاختيار ١٢ — اى طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد ١٢ ع

على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم **قال** وان صالح من شفعته على عوض بطلت
فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها ١٢

شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح
اى ليست بشفعة حقيقى ولكن ثابت فى محل متنازع فيه ١٢ ترجمه

الاعتياض عنه ولا يتعلق سقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا
اذا باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض
فان الصلح عنه يجوز ١٢

عن ملك فى المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختارينى بالف او قال لعنين لا امرأة اختارى ترك الفسخ بالف
الزوج ١٢

فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس فى هذا بمنزلة الشفعة فى رواية وفى اخرى
الذى كان للمخيرة ١٢ — اى صار الكفيل بالنفس واعطى شيئا للمكفول على ان يترك المطالبة من الكفيل ١٢

لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية فى الشفعة وقيل هى فى الكفالة خاصة وقد عرف
فى موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعى ورثه عنه قال رضى الله عنه
اى بعد طلب الشفعة واثباتها بالطلبين ١٢ ع — اى المصنف ١٢

معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن
بالشفعة ١٢

وقبضه فالبيع لازم لورثته وله نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى البيوع ولان
فاذا مات من الخيار بطل خياره وقال الشافعى رح يورث عنه ١٢

بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع
الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة به وبه وان مات المشترى لم تبطل لان المستحق
وقد زال ملك الميت عنه لاخذ وحدث ملك الوارث بعد البيع ١٢ زيلعى

وله يتغير سبب حقه ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ولو باعه القاضى او الوصى او اوصى المشترى
الدار ١٢ ع

فيها بوصيته فللشفيع ان يبطل ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حياته
البيعة ١٢ — المشترى ١٢

له قوله وان صالح من شفعته الخ اعلم ان الشفيع لو طلب المواثبة فهو على شفعته ام وقال فى الجمع ولا يجعل ابو يوسف قوله آخذ لصفعها
تسليما وخالفه محمد قال شارحه وفى المحيط الاصح قول محمد ومثله فى غرر الافكار وشرحه ولكن صحح فى الخانية (لبقيه ٤٠٥)

قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به هذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال **قال** ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول اخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك الوضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى **قال** واذا ابلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول لتعذر الجنس الذي بلغه ويتيسر ما بيع به في الثاني اذا الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية **قال** واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشترى هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة

كتاب الشفعة

(بقية ٤٠٤) قول ابي يوسف حيث قال طلب تسليم النصف لا يكون اسقاطا اه فقد ظهر لك اختلافهم في هذه المسئلة

في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل قال** واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها

في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه ذلك

المقدار وسلمه اليه ليلا بينا **قال** واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم

الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع

السهم بالثمن لا يدرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة

بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الارض رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى لتعم الجوار

والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطي ثوبا بقدر قيمته الا انه اذا استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن

على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا

استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير **قال** ولا نكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند

ابي يوسف وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف

انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة**

قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها

رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على

المشتري فيتضرر بزيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق

في هذا بين ما اذا كان قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم

اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي التفريق اليه على البائع بمنزلة احد المشتريين

بخلاف ما بعد القبض لانه سقط يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة

(بقية ٤٠٥) اما لو طلب بعد هذين الطلبين اي لدى الحاكم فلا تبطل شفعته وقد ايد هذا التوفيق في رد المحتار من نعين واعتمد وقال لا منافاة بين القولين ١٢ شرح المجلة لسليم رستم ص ٥٨٨ له قوله ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف الخ (بقية ٤٠٧)

في هذا التفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى **قال** ومن اشترى نصف دار

وقد ذكرها الكرخي في مختصره ١٢ عيني — اي محمد ١٢ عيني

غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او باع لان القسمة من تمام

القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض

وان كان له تقع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد

اي في نقض القبض ١٢ — قبض ١٢

الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه

مفعول القاسم ١٢ — قسمة ١٢

لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم

بيع ١٢

الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع

مشتري ١٢ — اي في الجامع الصغير ١٢ ع

يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك

اي بجواره او غيره ١٢

ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى

شفيع ١٢ — نصف ١٢

جارا فيما يقع في الجانب الآخر **قال** ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فلا شفعة وكذا اذا كان

اي محمد في الجامع الصغير ١٢ عيني — وهو شفيعها ١٢ كافي — يحيط برقبته ١٢ زيلعي

العبد هو البائع فلا ولاء الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه

مفيد لانه يصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لولاء ولا شفعة لمن بيع له

فليس لمولاه الشفعة ١٢

قال وتسليم الاب او الوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهم الله

اي محمد ١٢ عيني

هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة

الشارح ١٢ — اي تركا ١٢

وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت

من المبسوط ١٢

للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى

الاب والوصي ١٢ — اي اذا كان دية الصغير وقوده على رجل لا يملكان ابطاله ١٢ كمي

التجارة فيما كان تركا لا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب او الوصي ولانه دائر بين النفع والضرر

الاب والوصي ١٢

(الفتية ٤٠٦) ولا تذكر الحيلة في اسقاطها عند ابي يوسف رح وبه يفتى قبل وجوبها واما بعد ثبوتها فتذكر اتفاقا وعند محمد تذكر وقراءة الفتى من الزكوة والحج وآية السجدة ١٢ ملتقى الابحر ص ٤٨٦ ج ٢ فالفتوى على قول ابي يوسف رح ١٢

كتاب الشفعة

جلد ٤

(١٠٣٥) يطلب شفعة الجوار ان لم يطلب الولي حتى شفعته الصغير له ذلك

صلاحية الشفعة لبدائع ١٢

وقد يكون النظر في ترك الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل
الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم
بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل
من قيمتها محاباة كثيرة فعند ابي حنيفة رح انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى
التوارث بها من غير نكير ولانها تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له بعضه
كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر
في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه
ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن في معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع
احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة
عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في
قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر
المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي
ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به

قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم **قال** فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص فيقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه **قال** ولا يترك القسام يتشاركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر **قال** واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رح ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس لكن مرفتعذ راعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع **قال** واذا حضر الشركاء عند القاضي في ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم وذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوى العقار وادعوا

له قوله اجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة الخ المفتى به على قول ابي حنيفة رح كما اشار اليه صاحب ملتقى الابحر حيث قال (تنبيه) لنا اشياء على عدد الرؤس منها الشفعة والعقل واجرة القسام والطرق اذا اختلفوا فيه قليحفظ ١٢ ص ٢٠٤٨٧

انه ميراث قسمه في قولهم جميعا وتوا يدعوا في العقار انهما اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل

الملك والاقرار اما مارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى

وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه ينكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم

لا قاله ١٢ اقامة البينة ١٢ القاضي ١٢

ليقتصر عليهم ولا يتعدا اهـ وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة

التقسيم ١٢ اي حكم القاضي ١٢

حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان

في التركة ١٢ زيادة

قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما

ميت ١٢ جواب عن قولهما فلا يفيد ١٢ ع

عن الورثة ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع

جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث ١٢ ع

اقراره بخلاف المنقول في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار مخصص بنفسه ولان المنقول مضمون

اي محفوظ ١٢

على من وقع في يده ولا كذلك العقار عندنا وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم

لان عصب العقار لا يحتمل عنده ١٢ كافي بقاء المبيع والتسليم ١٢ ك وصلية ١٢

فلم تكن القسمة قضاء على الغير **قال** وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لان ليس في

بخلاف الارث ١٢ ك اي القدوري ١٢ عيني القاضي ١٢

القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم **قال** هذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير روي

اي المصنف ١٢ عيني من المبسوط ١٢

ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال

ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في

اي في الجامع الصغير ١٢

العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز **قال** واذا حضر وارثان واقاما

اي القدوري ١٢ عيني

البينة على الوفاة وعلى الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين

اي وفاة المورث ١٢

ونصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم ويصب وصيا يقبض نصيبه لان له

القاضي ١٢

نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل

ابي حنيفة رح ١٢

كتاب القسمة

له قوله له ان القسمة الخ الفتوى على قول ابي حنيفة كما علمت من صنيع الدراية حيث اخر دليله واليه اشار صاحب شرح المجلة بقوله تاقلا عن التنوير حيث قال وهذا قول الامام وعليه عامة المتون ١٢ ص ٦٢٥

ولو كانوا مشتركين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد
ای شرکاء متنازعین وان اقاموا البینة علی الشراء ۱۲ ع عن المورث ۱۲ ای میلاوند

بالعيب فيرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث و باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب
ای ردی نشود بر وارث مبیع بسبب عیب المورث ۱۲ ای قائم شد

احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين
وارثین ۱۲ ای وارث آخر بجوز هذا

اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فلا يصلح الحاضر خصما
ای مشتری حاضر جدید ۱۲ کافی

عن الغائب فوضع الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب وشيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد
ای از مشتری غائب ۱۲ ای در دست وارث غائب ای من العقار ۱۲ ای لا یقسم ۱۲

مودع وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاقهما من غير خصم
ای لا یقسم ۱۲ ای استحقاق بدون طلب است باخراج شیء مما کان فی یده من یده ۱۲ ک ای حق دار هست دست اینشان ۱۲ ای غائب

حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه القضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا
ای المودع ۱۲ ای غائب ای در ایشان مستحق هست بر غائب

الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب **قال** وان حضر وارث واحد لم يقسم ما لم يقم
ای البینة علی الارث من غیر ذکر اقامة البینة ۱۲ ع القدوری ۱۲ عینی

البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف
ای مدعی ومدعی علیه ای لا یصلح واحد

ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم
ای آنفا ۱۲ هذا ذکره تفریعا علی مسألة القدوری ۱۲ عینی ای قائم کرد

اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على
ای فی الدار ۱۲ ای وصیه کرده بود موصی را میت بالثلث میراث

الميراث والوصية يقسم لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي
ای وارث ای موصی ای موصی له از طرف خود

عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل** فيما يقسم وما لا يقسم **قال** واذا كان كل
ای القدوری ۱۲ عینی

واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على
بعد القسمة ۱۲ جبر الله من ابی ۱۲ ع قسمة ۱۲

ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان
ای ما بینا ۱۲ ای الآخر

طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر
ای صاحب الکثیر ۱۲ صاحب القلیل ۱۲ ای سرکش

الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه

له قوله فان طلب صاحب الكثير قسم الخ غير انه يستثنى من ذلك الطريق والمسيل والارض الاميرية اذ لا تقسم اذا فاتت المنفعة على احد الشركاء ومثلها ارض الوقف المتصرف بها بالاجارتين ۱۲ شرح المجلة لسليم رستم ص ٦٣٢ -

وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي في الوجه الذي ذكرناه والاصح

المذكور في الكتاب هو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر

على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما

القاضي فيعتمد الظاهر **قال** ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس

يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض

لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون

جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثيرا وقليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة ونثير

الحديد والنحاس لان بانفرادها او البقر او الغنم لا يقسم شاة وبعيرا وبردونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها

باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا

لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف

ثلثة اثواب اذا جعل ثوب ثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض

دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق

لاتحاد الجنس كالابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني

الباطنة فصار كالجنسين المختلفين بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى

ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين

في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا فاما الجواهر

فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي والياقوت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت

كتاب القسمة

كتاب القسمة

ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجبر بالجواب على الحلاقة لا جهالة الجواهر المحشو من جهالة الرقيق

الا ترى ان لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليهما لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاو ان

لا يجبر على القسمة **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين

لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف

التراضي لما بينا **قال** وان كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله

وقالا ان كان لا صلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الارحية المتفرقة المشتركة لهما انهما

جنسان حكما اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى

فيفوض الترجيح الى القاضي لذلك لاعتبار المعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال

والجيران القريب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز

التوكيل بشراء دار هكذا والتزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة

اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع

في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما

وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى في البيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما

يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ

شبهما من كل واحد **قال** وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة

لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات

الاصل الاجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان

حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة **فصل** في كيفية القسمة **قال** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروي بعدله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرفه ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون النصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما ذكره بتفصيل ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين الكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار والدراهم الاخرى في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في المسموحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه لمن كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالخراج لا ولاية له في المال ثم يملك استيفاء الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان

لانفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد للفضل درهم لان المضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها

وهذا يوافق رواية الاصل **قال** فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر وطريق لم يشترط في

القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر وان امكن تحقيق

معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف

البيع حيث لا يفسخ في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما

القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى

القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر فاذا امكن تحقيقه بصرف الطريق

والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق

والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني

يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها

معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث

يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل

من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم

من غير طريق رفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك فع طريقا بين جماعتهم ليتحقق

تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار طوله لان الحاجة تندفع به والطريق على

سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز

وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال** واذا كان سفل لا علو عليه

قوله ولو اختلفوا في مقداره الخ ثم انه اذا اختلفوا في مقدار عرض الطريق المشترك ففي الارض يقدر بقدر ممر الثور وفي الدار يقدر عرض باب الدار الاعظم بارتفاعه اي يترك للطريق من الهواء بقدر ارتفاع الباب

وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال
رضي الله عنه هذا عند محمد رح وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله القسم بالذرع لهما ان السفل
يصلح لما لا يصلح له العلو باتخاذه بيرا ماء وسربا واصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة
وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن
والمرعي التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رح
ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل
عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو استوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل
هو اختلاف معنى وجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل ابو على من وبضعفه لانها تبقى بعد
فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء السكنى وفي العلو السكنى
لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما
ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولهما ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن
التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رح في
مسألة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل
لان العلو مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه
ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا

كتاب القسمة

له قوله والفتوى على قول محمد الخ وعند محمد لقسم بالذرع وعليه الفتوى لانها الجنسين (ملتقى الابحر) كما في اكثر المعتبرات ١٢ مجمع الانهر ص ٤٩٤ ج ٢

ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء
فان ذراعا من سفل بذراعين من علو عند ابي حنيفة ١٢
خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان
السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل
وخمسون منها علو **قال** واذا اختلف المتقاسمون شهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه
هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رح
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيره بما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل
كمن اعتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو
الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه ولانه لا يصلح
مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة
عليه قال الطحاوي رح اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ رح لانهما
يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما
لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر
عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل
لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير لو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل
قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزامه الآخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان ما اصاب شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء

له قوله هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف الخ الفتوى على قول الشيخين كما اشار اليه صاحب شرح المجلة سليم رستم حيث قال وفي الخانية القاسمان *

* اذا قسما جازت شهادتهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وصورة ذلك اذا قسما

لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له

بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما

لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا

لتناقضه وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه

لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال صار الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه

بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار

نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه

لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء

القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى

احدهما بينا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ

ببينة المدعي لانه خارج ببينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا

وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه

لما بينا وان اقامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** قال واذا

استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في

نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه

وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في

استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق

كتاب القسمة

فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع ابي يوسف وأبو حفص مع ابي حنيفة هو
يعني محمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص ١٢ عنايه

الاصح لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة
شريك ثالث ١٢

كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة
اي كون استحقاق بعض شائع في نصيب احدهما بمنزلة استحقاق بعض شائع في النصيبين ١٢ فتنقض القسمة ١٢

وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم
اي لان استحقاق جزء شائع ١٢

باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف
اي الشريكين

المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم
اي مقدم الدار ١٢ اي الشريكين اي في النصف المؤخر ١٢ اي الثالث بيان ١٢

وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة
في عدم انتفاء معنى الافراز ١٢

لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة ذا اخذ احدهما
اي دار مشتركة اجزاء شائع

الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما
اي نصف ثلث المقدم ١٢ عنايه

ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر
اي جزء بيت بيان ١٢

لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا
اي ثلث ثلثه ١٢ عنايه آخر ١٢ اي نصف المقدم ١٢ ع

للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما
اي النصف من ثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ١٢ ع

لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن
اتفاقا ١٢ في فسخ القسمة ١٢ ع

قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك
فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق ١٢ ع

فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة
اي في النصف المقدم ١٢

ثم ظهر في التركة دين محيط بطلت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان
اي اذا لم يؤد الورثة الدين ولم يبرئه الغرماء ١٢ ك اي الدين ١٢

غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين

(بقية ٤١٨) وفي استحقاق لبعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا، لا تنقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق شيء شائع في النصيبين، تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق لبعض شائع في احد النصيبين لا تنقض القسمة عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف والاصح قول ابي حنيفة ١٢ ص ٦٣ ج ٤

وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه
الورثة من مال الدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين
دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة
ولو ادعى عينا باتي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم
مشتركا **فصل** في المهايأة المهايأة جائزة استحسانا للحاجة التي يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال
المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والمهايأة تجمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل لو وقعت فيما يحتمل القسمة بشرط اجتماعهما
القسمة يقسم ثم تبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض
لاستانفها الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايأا في دار واحدة على ان يسكن هذا
طائفة وهذا طائفة او هذا اعلوها وهذا اسفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التآقيت
ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه
ولو تهايأا في عبد واحد على ان يخدمه هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في
الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما
القاضي بالتفاق لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان قرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايأا في العبد على ان يخدمه هذا العبد والآخر لا جاز عندهما

وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو منافعه فتجوز ضرورة لقسمة الاعيان فيجري جبر القاضي فيها
كما يجري في قسمة الاعيان ١٢ شرح المجلة لمحمد خالد الاتاسي ص ١١٩ ج ٤

لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرًا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي هكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما نقدم ولو تهايأ فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يتسامح فيها ولو تهايأ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر اقرب الاماكن التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان فان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الركبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف

له قوله وعندهما يجوز الخ قد رجحت جمعية المجلة قول الصاحبين كما في المادة (١١٧٧) كما تجوز المهاياة في الحيوان المشترك على استعماله بالمناوبة كذلك تجوز ايضا في الحيوانين المشتركين على ان يستعمل احدهما هذا والآخر الآخر ٢ وقال محمد خالد الاتاسي في شرح المجلة وقد علمت ان المجلة اخذت بقولهما فكان عليه المعول ١٢ ص ١٢٢ ج ٤

ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ
حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز
ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في
الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر
قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما
اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد
الواحد ولهما ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها
عينا ولان الظاهر هو التساوي في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين
عنه خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر وغلة بين اثنين فتهايآ على ان يأخذ كل
واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب الباقي لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة
انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة
ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم
استقرضا النصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي
الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج فهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل
اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة

تجوز المهاياة فيه لو كانت شجار بينان مشتركة بين اثنين فتهايئا ان ترضع احداهما ولد احدهما والاخرى ولد الآخر جاز
الا ان لبن ابن آدم لا قيمة لها فجرى مجرى المنافع ١٢ مجمع الانهر ص ٤٩٨ ج ٢

والجامع دفع الحاجة فان الدجاج لا يحتاج الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى

انعقاد هذا العقد بهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك

للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة ولما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار

ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد معاملة

النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق الصلح وهو جائز واذا فسدت عنه فان

سلم الارض وكرها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من

قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه

نماء ملكه وللآخر اجره كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة

بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط

احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من

اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدها لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض

او منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعلقها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود

عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط

فلا بد ان يكون معلوما والا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل

حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة

في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي

عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة

كتاب المزارعة

ا قوله الا ان الفتوى على قولهما الخ وعندهما جائزة وبه يفتى للحاجة قال الحصيري وابو حنيفة هو الذي فرع هذه المسائل على اصوله لعلمه من زمانه ان الناس لا يأخذون بقوله لمساس حاجتهم ١٢ ملتقى الابحر ص ٤٩٩ ج ٢

لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد

جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجر بدراهم معلومة وان كانت الارض

والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا

ليخيط ثوبه بابرة أو طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا

الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط

وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض

قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فاذا

تجانستا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة

لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل

لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر

وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر

في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له

باتصاله بارضه **قال** ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بيناه وان يكون الخارج شائعا بينهما

تحقيقا لمعنى الشركة فان شرط لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان

الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة

وكذا اذا شرط ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع

الشركة في بعض معين في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض

جملة كتاب المزارعة

وتفسد المزارعة من اربعة اوجه رد المحتار هذه الثلاثة لقوله وشمس الارض وبذره وكذا الارض لواحد والعمل من واحد وغيرهما تفسد المزارعة

له والبذر مع البقر او لا لانا البقر ✱ لا غير او مع ارض اربع لبطلة ١٢ شرح المجلة لسليم ص ٧٥٩ ومن الفاسدة جدول يحتوي على الاوجه التي تصح فيها المزارعة والتي تفسد اثنا ذكرناه تعميما للفائدة وهو هذا (بقية ٤٢٥)

خراجية وأن يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي
بعد رفع الخراج ١٢

بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر وقسمة الباقي بينهما
اي العشر ١٢ فانه دال على بقاء تسعة اعشار ١٢ فانه يجوز ١٢ شرطها لاحدهما

ولا رض عشرية **قال** وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسيواقي معناه لاحدهما لانه اذا
حالية ١٢ اي على القدوري اي تشبه الجيز اي نهر عظيم من الخطة نهر فرد

شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع
اي لا يجوز ١٢

وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا
اي لا يجوز ١٢ لا يجوز اي

اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن
زرع ١٢

وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو
اي لا يجوز ١٢

ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن
اي الحب ١٢

يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت
صاحب البذر ١٢ اي في حق

عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه
تابع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه
حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن
اي غير صاحب البذر ١٢ الى الحب لانه آفة يصير بين

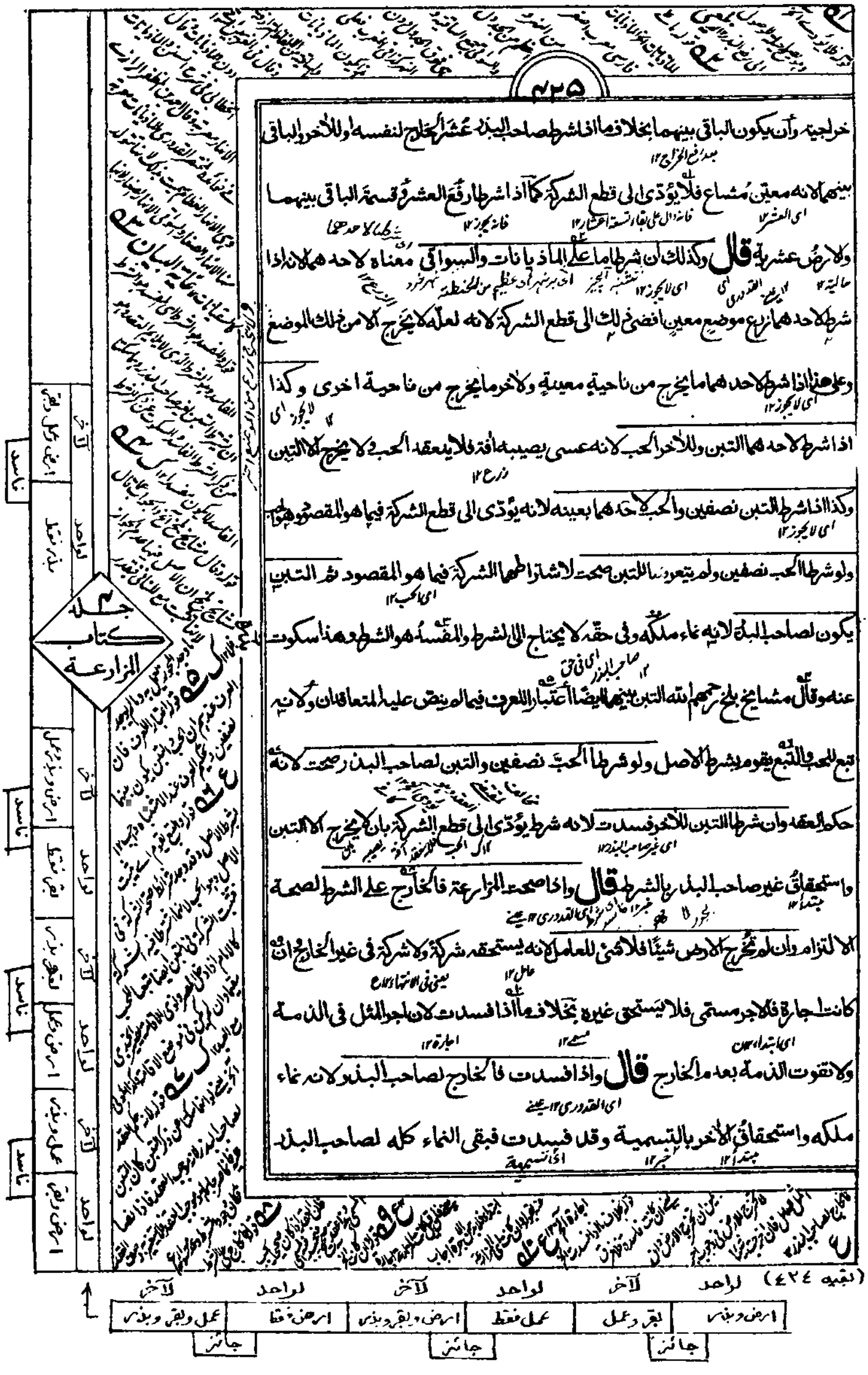
واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة
مبتدأ ١٢ خبر ١٢ خارج اي القدوري ١٢ يعني

الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان
عامل ١٢ يعني في الانتهاء ١٢

كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة
اي ابتداء ١٢ مسمى ١٢ اجارة ١٢

ولا تفوت الذمة بعدم الخارج **قال** واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء
اي القدوري ١٢ يعني

ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر
مبتدأ ١٢ خبر ١٢ اي تسمية



(بقيه ٤٢٤)

قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط
الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى
منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب
الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها
فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض
والبقر جميعا فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة
وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان
النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق
بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب
خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** واذا عقدت المزارعة فامتنع
صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا
استاجر اجيرا ليعمله مدة وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه
لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة
فيفسخ به المزارعة **قال** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في
عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره
في ذلك **قال** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات
فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يشتد حصده مات رب الارض

لـه قوله واذا عقدت المزارعة الخ اكار رفع الخارج وبقي في الارض حبات حنطة قد تناثرت فنبتت وادرك فهو
بين الاكار وصاحب الارض على ما كان قدر نصيبهما من الخارج لانه نبت من بذر (البقية ٤٢٧)

ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين

لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل

فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة

لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت

المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه

بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج

لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تتبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال

حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع

بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم **قال** واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان

على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما

معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل

عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات

رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي

العمل على العامل ما دام العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب

العمل عليه فان نفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو

اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع

ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه

أو انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد
بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك
يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع
وأبى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد
نظرا لهم فان اراد واقلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلثة لما بينا

قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت وهذا الحكم ليس مختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو
عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع حصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما
ولا عقد فيجب مؤنة عليهما واذا شرطا في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن
على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل لتعامل الناس اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار
مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي
والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس
واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل الادراك
الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما
ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما
لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم
العرف فيه ولو اراد قصل القصيل او جذ التمر بسر او التقاط الرطب

كتاب المزارعة

له قوله وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط الخ وعن ابي يوسف انه يصح وهو الاصح وعليه الفتوى للتعامل كالاستصناع (ملتقى)
وهو اختيار مشائخ بلخ قاضي الائمة السرخسي هذا اصح الاصح من ديارنا ١٢ مجمع الانهر ص ٥٠١ ج ٢

فذلك علمهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسر أفصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذه المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل والمزارعة لو شرط الشركة في الربح وتلبيك بان شرط رفعه من راس الخارج بنفسه فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيهما لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لا دراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت فيدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البقل في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يكون بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا فيتفاوت انتهاؤه عليه فتدخل الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه نخلا فعلق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن

له قوله وقالا جائزة الخ قال رحمه الله واذا دفع الى رجل نخلا معاملة سنين معلومة بالنصف فهو جائز على قول من يرى جواز المزارعة ولذا لا معاملة الشجر والكرم والرطاب من قول علمائنا رحمهم الله تعالى ١٢ المبسوط لشمس الائمة السرخسي ص ١٠١ ج ٢٣

بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل

لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج

اصلا لان الذهاب فيه فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه

قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي

في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز

للحاجة وقد عمت والاثر خبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان

كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل

من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف

المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه **قال** فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر

يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد

وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد الانتهاء والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا

بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل **قال** واذا فسدت المساقاة

فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصارت كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل

المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم

عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد

دفعا للضرر عنه لا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر بتخيير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على

الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا

كتاب المساقاة

بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل

فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يضرموه بسرا كان

صاحب الارض بين الخيارات الثلثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم

مقامه وهذا خلافة في حق مالية وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لان يكون وراثة في الخيار

فان ابوا ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك الى ورثة رب الارض على ما وصفنا **قال**

واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى

ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها

وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض

بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل

انتهائها **قال** وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون

العامل سارقا يخاف عليه قبل الشعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به

ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه

فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان في تاويل احدهما ان يشترط

العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى اجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون

الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل

الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه

في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد

وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وكان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي ختانها وهي كالجرح فيما بين الابتة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول عمل في اخراج الدم والثاني اقتصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة

جملة كتاب الذبائح

قوله ذبيحة المسلم ، الكتابي حلال الخ ، الاولى ان لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم الا لضرورة كما في الفتح فعلى هذا يلزم على الحكام في ديارنا ان يمنعوهم من الذبح لان النصارى في زماننا يصرحون (بقية ٤٣٣)

قال والحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في الحرم ينتظم
اي القدوري ١٢ عيني هذا القيد لا بد منه لانه تحل ذبيحة الحرم من الاهلي ١٢ عيني
الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع
اي الحل والحرم اي الحلال اي المحل والمحرم
محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع
اي مثل شاة
اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم بعضه على المحرم **قال** وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة
وغيرها من النعم ١٢ عيني اي ذبح غير الصيد ١٢ اي القدوري ١٢ عيني
ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله اكل في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا تؤكل في الوجهين
اي العمد والنسيان ١٢
والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب
وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك
اي محل متروك التسمية عامدا ١٢
التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله
عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا
فانه يحرم بالاتفاق ١٢
ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى
القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله
اي بيع متروك التسمية عامدا ١٢ سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك ١٢ ع
تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة
فانها شرط
ولو كانت شرطا في الملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم
اي سلمنا انها شرط لكن الملة الخ ١٢ التسمية ١٢
يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي
ابن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية فمالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه لكنا نقول في اعتبار
ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره
اي سر عالم حاصل ان النص محمول على العامد ١٢ عيني

(بقية ٤٣٢) بالمائية فتجهم الله تعالى وعدم الضرورة متحقق والاحتياط واجب لان من حل ذبيحتهم اختلاف العلماء كما بيناه فالاخذ بجانب الحرمة اولى عند عدم الضرورة ١٢ مجمع الانهر ص ٢٢٠٣٢٨

اذ لو اريد به تجرد الحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصيد الاول والاقامة في حق النهاس

وهو معذور ولا يدل عليها في حق العامد ولا عدوان وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية

في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو

على الآلة لان المقصود له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقع به عليه حتى

اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال

ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة في ذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال

ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل

احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله

محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور

بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان

او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله

والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة

او بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل

هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على

ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جرد والتسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل

لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد

لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمة دون التسمية

جلد ٤ كتاب الذبائح

وتمامه اولئك الا لسنن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما

في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس

بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين

ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال**

والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام فكلوا وداج بما شئت

وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ

الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه بظاهر ما ذكرنا يحتج

مالك رح ولا يجوز الاكل منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك

عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري

الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في

الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل

ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع اثلث اي ثلث كان يحل وكان ابو يوسف

الاثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه

لانفصاله عن غيره ولورود الامر بقربه فيعتبر اكثر كل فرد منها وابو يوسف يقول ان المقصود من قطع الاوداج

انهار الدم فيتوزع احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم واما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء

والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها

فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه

كتاب الذبائح

في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به
تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصفان لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا

كتاب الذبائح

قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه
يكره هذا الذبح وقال الشافعي رحمه الله الذبيحة ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج
ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير
المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وفري الاوداج بما شئت وما رواه محمول على
غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود
وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة
وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان

قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح
بهما ميتة لما بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه
نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل **قال** ويستحب
ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا
القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها
ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال
لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها **قال** ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس
كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة

أما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل
معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل
ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه
والحاصل أن ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجرها برجله
إلى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ إلا
أن الكراهة لمعنى زائد هو زيادة الألم قبل الذبح وبعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته **قال** وإن ذبح
الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة ألم من غير حاجة فصار
كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها **قال** والاستئناس
من الصيد فذكاته الذبح ما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة
الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول وكذا ما تردى من النعم في بئر وقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا
وقال الشافعي لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
فيصار إلى البدل كيف وإن الانسلال الندر بل هو الغالب في الكتاب المطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة إذا ندت
في الصحراء فذكاتها العقر وإن ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز
والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وإن ندا في المصر فيتحقق
العجز في الصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو رماه المأمون عليه هو يريد الذكاة حل أكله **قال** والمستحب في
الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرها جاز ويكره أما الاستحباب فيه لموافقة
السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيهما في النحر وفيهما في الذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي

جلد ٤ كتاب الذبائح

له قوله والصيال كالند الخ وذكر في المنتقى في البعير إذا صال على رجل فقتله وهو يريد الزكاة حل أكله
لأنه إذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد ٣ الفتاوى الهندية ص ٢٨٥ ج ٥ وتفرع هذه المسئلة
من المادة الأمور بمقاصدها . المجلة

لمعنًى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافًا لما يقوله مالك رح انه لا يحل **قال** ومن نحر ناقة او ذبح بقرة

فوجد في بطنها جنينًا ميتًا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن

ابن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام

ذكاة الجنين ذكاة امه لانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى

بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكمًا حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءًا

منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحرمة حتى يتصور حياته

بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضافه اليه ويصح الوصية

له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يحصل بجرح الام

اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعًا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا

فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريًا لجوازه كيلا يفسده باستثنائه ويعتق باعتاقها

كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق **فصل** فيما يحل اكله وما لا يحل **قال** ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع

ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع وقوله

من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الدواب والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل

مختطف منتهب جارح قاتل عادة عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه

الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما

والهر ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان

الجيف **قال** ولا بأس بعواب الزرع لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير

له قوله وله انه اصل في الحرمة الخ الفتوى على قول ابي حنيفة حيث اشار اليه صاحب الهداية كما علمت من صنيعه وقد اتفقت المتون على هذا ١٢

قال ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغراب **قال** ابو حنيفة رح لا بأس بأكل العقعق لانه يخلط فاشبه

الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة

والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة

حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاة خبيثة

الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها

قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله

وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدى للنبي صلى الله عليه وآله

لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر **قال** ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو قول مالك وقال ابو يوسف

ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا فرسا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها

وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن

بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احترازا لها ولهذا لا يضرب له سهم في الغنيمة ولا في اباحته تقليل آلة الجهاد

وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للحرمة ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل

كراهة تنزيه والاول اصح واما البغل فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد **قال** ولا بأس

باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا واصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من

السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحم الآدمي والخنزير فان الذكاة

لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي هذه الذكاة لا تؤثر

لقوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم الزحكي عن عبد الرحيم الكرميني انه قال كنت متردداً في هذه المسئلة فرأيت ابا حنيفة في المنام يقول لي هو كراهة تحريم يا عبد الرحيم ١٢ مجمع الانهر ص ٥١٣ ج ٢

في جميع ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم صلاة وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كنبيذ المجوسي

ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ

وهذا حكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم فعمل المجوسي ماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه

حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له فهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل

يجوز كالزيت اذا خالطه دك الميتة والزيت غالبا يؤكل وينتفع به في غير الاكل **قال** ولا يؤكل من حيوان الماء

الا السمك وقال مالك وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان

وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحتجوا بقوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل

وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدم مما لا يسكن الماء

والحرمة هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث وقد نهى

رسول الله عليه السلام عن وضوء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع الشرطان والصيد المذكور فيما تلا

محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال

مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان

فالكبد والطحال **قال** ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا

ولان ميتة البحر موفرة بالحل بالحجة ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب

عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة

البحر ما لفظه البحر ليكون ميتة مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال** ولا بأس باكل الجري

والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رح لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه ويشويه

قوله وكره الطافي فيه الخ وروي عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فما لا يؤكل وان كان ذنبه في الماء اكل اذ هذا سبب لموته وفي الفتاوى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل ١٢ مجمع الانهر ص ٥١٤ ج ٢

لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه
ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال
كله كله وهذا عام فيصلحه ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير
آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ
واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتتشعب عليه فروع كثيرة بينا ها في كفاية المنتهى
وعند التامل يقف البزدوي على ها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته
بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب
فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وابي يوسف في الرواية عن ابي يوسف رحمهم الله انها سنة ذكره في الجوامع
وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة
مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم
فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم
لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصدقة الفطر والعشر وكالعشر وجه الوجوب قوله
عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب
ولانها قربة يضاف اليها فيقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص
وهو الوجوب والوجوب هو المفضي الى الوجوب ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق

لانه قوله كتاب الاضحية الخ وجه تناسب ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر والاضحية والامر لتقتضي الوجوب ... وفي قوله عليه
السلام ضحوا امروا قوله انها سنة ابيكم ابراهيم اي طريقته فالسنة الطريقة في الدين وذلك لا ينفي الوجوب (بقية ٤٤٢)

على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة فالمراد بالارادة فيما روي والله اعلم

ما هو ضد السهو لا التخيير في العتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص

الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة فبالاقامة

لما بيناه واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقدار ما يجب به صدقة الفطر قد مر في الصوم والوقت

وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب

عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن

عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك

راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القربان لا تجب على الغير

بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه

من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير

فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى

بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير لا يمكنه ان ياكل كله ولا صح ان يضحي من ماله

ويأكل منه ما امكنه ويتبع بما بقي ما ينتفع بعينه **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة

عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي

عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة

ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد

في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا

(بقية ٤٤١) ولا حجة في قوله عليه السلام ولم تكتب عليكم فانا نقول بانها غير مكتوبة بل هي واجبة فالمكتوب ما يكون فرضا يكفر جاحده فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصا بكون الاضحية مكتوبة عليه كما قال ١٢
المبسوط لشمس الائمة السرخسي ص ٨ ج ١٢

كتاب الاضحية

بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام صفة القربة في البعض

وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن

اهل بيتين وان كانوا اقل منهما لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه

والله اعلم قيام اهل البيت لان اليسار له تؤيده ما يجري على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت

البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاضحية لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز

على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان مع شيء من الاكارع والجلد

اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه جاز استحسانا

في القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تولا ولا اشراك هذه صفته وجه

الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت

الحاجة الى الشركة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولا احسن ان يفعل

ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه يكره الاشراك

بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان

اذا كانا مسافرين وعن علي رض ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل

بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد

فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح

بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم

الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد

له قوله وابو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما كانا لا يضحيان الخ وتأويل حديث ابي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما انهما لا يضحيان في حال الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين ١٢ المبسوط ص ٩ ج ١٢

ولان التاخير لاحتمال التشاغل عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القربة ولا صلوة عليه فما رويناه حجة
على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية
حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة التصحيح
اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذه لانها تشبه الزكوة من حيث
انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الفطر مكان المحل لا مكان
الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر
ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى
لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذا على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة
في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق
كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد
قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وفضلها
اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها
الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة ولها
نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية
لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه لانها تفوت بفوات وقتها والصدقة
تؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى
مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية

نصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشتراها له يشتريها لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير
بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد
فواتها ظهرا والصوم بعد الفجر فدية **قال** ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك
ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزيء في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها
والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي **قال** ولا تجزيء مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله
عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن **قال** ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم
الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح
في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه
وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد
لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروي عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث
لقوله عليه السلام في حد الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد ما بقي اكثر من النصف اجزاه
اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبر بقول ابي حنيفة
فيقال قول هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف
مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين تيسير وفي العين
قال الاتشة العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها
قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة

(بقية ٤٤٤) فلا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة ومن الشاة نحو من قال لا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة لان
هذه الصيغة حقيقة في الاخبار فيكون اخبارا عما وجب عليه بايجاب الشرع فلا يلزمه التضحية باخرى (بقية ٤٤٦)

وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان عاله عليه ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب
الثلث وان كان نصفا فالنصف **قال** ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود
وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى
بكبشين املحين موجوءين لا عرفي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما
اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة
لا تجوز لان الجرب في اللحم فينقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة
والقلة فعنده ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز
ان كان هذا لان مقطوع اكثر الاذن كالكل ولا يجوز فعدم الاذن اولى وهذه الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا
تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية
الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة
للتضحية على الموسر كانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى
في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما ولو ذبحهما فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه
استحسانا عند ابي حنيفة خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح مقدمة ملحقة بالذبح فكانه حصل به
اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح
خلافا لابي يوسف لانه حصل بعد مات الذبح **قال** ولا تضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت
شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم

قال ذالا قبل ايام النحر يلزمه التضحية لبشاتين بلا خلاف لان الصيغة لا تحتمل الاخبار عن الواجب
اذ لا وجوب قبل الوقت والاخبار عن الواجب ولا واجب يكون كذبا فتعين الانشاء (بقية ٤٤٧)

قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا
بالثنايا الا ان يعسر عليكم احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن
اخرجه الترمذي عن ابي هريرة ١٢ ات
قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن
ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة
وعن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي
والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد **قال** واذا اشترى
سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك
الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه
ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد
المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى
ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من
اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تجزي في حق القربة لم يقع
الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف
لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت
كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او
الوارث لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع
بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة **قال** ويأكل من لحم الاضحية

ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها

وادخروا ومتى جاز اكله هو غني جاز ان يوكل غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات

ثلث الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا **قال**

ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها

لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري بما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك

مثل ما ذكرنا لان المبدل حكم المبدل ولا يشتري بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والاباريز

اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التموّل واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد او

اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام

من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على

التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها

وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف

اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد

الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها لينتفع به كما في الصوف **قال**

والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين

بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله

عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب **قال** ويكره ان يذبحها

الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة

(بقيه ٤٤٧) اضحية سبذره واخرى بايجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى ١٢ بدائع الصنائع ص ٦٣ ج ٥ ومقتضى هذا ان الموسر اذا نذر في ايام النحر وقصد الاضحية لم يكن ذلك منه (بقيه ٤٤٩)

والقربة اقيمت بانابة نيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا **قال**

واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل

هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية

في القياس وهو قول زفر رح والاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح هو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره

بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب لجلد استحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية

حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون

اهلا للذبح اذ نائبه كآلة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار

كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب لجلدها فان قيل يفوته ام مستحب وهو ان يذبحها بنفسه

او يشهد الذبح ولا يرضى به قلنا يحصل له مستحب آخر اصيل وهو مضحيا لما عينه وكونه معجلا له فيرتضيه

ولعلماء نا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او لحم حنطته او رفع جرته

فانكسر او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم

في القدر والقدر على النار والحطب تحته وجعل الحنطة في الدقيق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى

نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع

الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن

دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسألة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صح عندنا خلافا لزفر رح بعينها وبيانه

فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة

فان كان ناقة كلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان

جملة كتاب الاضحية

(لغيره ٤٤٨) نذرا حقيقة وان لزم الشاة عليه بايجاب الشرع اما اذا اطلق ولم يقصد الاخبار او كان قبل ايام النحر او كان معسرا ثم ايسر فيهما فانه وان لزمته شاة اخرى بالنذر لكنها لم تكن واجبة قبل بل الواجبة غيرها فهو نذر حقيقة ١٢ رد المحتار ص ٢٢٥ ج ٥ (٢٣٤ ج ٥)

غنيًا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم
اي اختلف

يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت
عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة
فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع
شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا
قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول
منها

فصل

في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبغال وابوال الابل وقال ابو يوسف
ومحمد لا بأس بابوال الابل وتأويل قول ابي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما
تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز
الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام
في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وانى ابو هريرة بشراب في اناء
فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا
في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين
والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء
لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب

له قوله فصل في الاكل والشرب الخ (تتمة) يكره وضع المملحة والقصعة على الخبز ومسح اليدين او السكين به و
يلعقه بالخوان ولا بأس بالاكل متكئا او ملتفا الرأس في المختار ومن الاسراف ان يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه
(بقية ٤٥١)

والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا **قال** ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق **قال** الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة **قال** ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثغر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع لا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في القصر **قال** ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني ومسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة

(بقية ٤٥٠) او ياكل ما استفضل منه الا ان يكون غيره ياكل ما تركه فلا بأس به كما اختاره رضيعا دون رضيف ومن اكرام الخبز ان لا ينتظر الادام اذا حضر وان لا يترك لقمة سقطت من يده فانها صراف بل ينبغي ان يبتدئ بها (بقية ٤٥٢)

قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء ولا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهله المولى غيرها او نفسها

قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات لا يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة فيقبل ولا يقبل قول الميت في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي

قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق تيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى

(بقية ٤٥١) ومن السنة ان لا يأكل من وسط القصعة فان البركة تنزل في وسطها وان يأكل من موضع واحد لانه طعام واحد بخلاف طبق فيه الوان الثمار فانه يأكل من حيث شاء لانه الوان فكل ذلك ورد الآثار وليبسط رجله اليسرى وينصب اليمنى ولا يأكل الطعام حارا ولا ينفخه وعن الثاني انه لا يكره النفخ في الطعام الا بماله

(بقية ٤٥٣)

للاحتياط بالاراقة اما التحري فبمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ ويتيمم لترجح جانب
او مخبر — فلا بد فيه من الاحتياط بالاراقة ۱۲

الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة
اي الوضوء او عدم التيمم ۱۲ — هو الطهارة ۱۲ — احتمال الطهارة او الحل

اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى **قال** ومن دعي
اي محمد في الجامع الصغير ۱۲ عيني

الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة رح ابتليت
الوليمة قيل طعام العرس ۱۲ ع — الغناء بالكسر السماع ۱۲ ع

بهذه مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى
دعوت ۱۲

ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة
بيان ما ۱۲

وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان
المدعو ۱۲ — اي يصبر ايا امام مقتدى ۱۲

لو يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والحكي
اي جلوس امام صاحب قبول او كرد انديشه او بالفتح عيب ۱۲ ام

عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مفتيا ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد
فاذا لم يكن عليه طعام — خوان ۱۲ — خوان آراسته بطعام

وان لم يكن مقتديا لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور
اي تذكر النهي ۱۲ طحطاوي — اي امام — وصلينه ۱۲

لو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت
الدعوة ۱۲ — الجبر

للسالة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح
اي ابي حنيفة ۱۲ — اي ابي

ابتليت لان الابتلاء بالحرام يكون **فصل** في اللبس **قال** لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء
اي القدوري في مختصره ۱۲ عيني — الحرير ابريشم — لبس كردن

لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له
اي بهره — معرب ديبا ۱۲ ام

في الآخرة وانما حل للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم
متاخر عن الاول ۱۲

منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى
ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم

الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام
نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان
يلبس جبة مكفوفة بالحرير **قال** ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره
وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من
المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة
والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه
السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما
مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال
والجامع كونه تمويه جاء على ما عرف **قال** ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روي
الشعبي رحمه الله انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه
ادفع لمعرة السلاح وهيبة في عين العدو ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما روينا
والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمخلوط لا يستباح الا لضرورة وما رواه
محمول على المخلوط **قال** ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان
الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج واللحمة
فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين القز والقطن ولا ارى
بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس **قال** وما كان لحمته حرير وسداه غير
حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

وكذا الاصابع قبل مسحها بالمنديل وتمامه في الدر المنتقى والبزازية وغيرها ١٢ الدر رد المحتار ص ٢٣٩ ج ٥

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه لا يأتي معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية

السيف من الفضة تحقيقا لمعنى التموه والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس

واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص

على ان التختم بالحجر الحديد والصفر حرام فقد رأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر

فقال ما لي أجد منك رائحة الاصنام فرأى على آخر خاتم حديد فقال ما أرى عليك حلية أهل النار

ومن الناس من اطلق في الحجر لانه يقال له يشبه لانه ليس بحجر اذ ليس ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل

على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام

عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة مقصورة الخاتم او التموه وقد اندفعت بالادنى

وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر

ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النساء لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان

لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بسوار الذهب

يجعل في حجر الفص الى في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابساله قال ولا تشد الاسنان

بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح

مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن

فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة

للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع

في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير

كتاب الكراهية

ل قوله وهذا عند ابي حنيفة رح الخ الفتوى على قول ابي حنيفة كما صححه صاحب الهداية حيث اخر دليله وقوله الضرورة تتقدر بقدرها ١٢

لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه **قال** وتكره
الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يتمخط بها وقيل اذا
كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالترفع في الجلوس ولا باس
بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمي ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من
عادة العرب قال قائلهم **شعر** لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان **فصل** في الوطء والنظر والمس **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية
الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما
ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها
ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا
تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة
وعن ابي يوسف رح انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة **قال** فان كان لا يأمن
الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية
عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة
تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان
اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام
الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة

ليس منها بسبيل وضع على كفه حرير والقيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى

فلا بأس بمصافحتها ومتى يؤمن هذا لعدم خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضى الله عنه كان يدخل

بعض الحبائل التى كان مستوضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه

استاجر عجوزا قرطبية وكانت تغمز رجله وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها

لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت

لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة **قال** ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها

وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس

بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء

الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح

والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج

امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى

ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع

المرض منها للضرورة وينبغى ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا

يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر

بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل

لانه مداواة ويجوز للمرض كذا للهزال الفاحش على ما روى عن ابى يوسف لانه امارة المرض

قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام

(بقية ٤٥٦) فى تقسيم الآية والاصح ان عدم كون هذه الثلاثة عورة فى الصلوة لا فى النظر مطلقا لان بدن الحرة كله عورة

لا يحل لغير الزوج الى شئ منها الا لضرورة كالمعالجة ونحوها انتهى - اقول هذا هو الاقرب (بقية ٤٥٨)

عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست
اخرجه الدارقطني وغيره ١٢ هذه الرواية تدل على ان كلمة الى في الرواية السابقة بمعنى مع ١٢ اي الرواية الاخيرة ١٢
بعورة خلافا لما يقول ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة
خلافا فلا صحاب الظواهر ما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد
فانهم قالوا الفخذ ليس بعورة ١٢ غن من الغاية ١٢ غن
ابن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة
اي مع ورود النص بخلاف التعامل ١٢
رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما
لالتماس ابي هريرة ١٢
سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لحرهد وارفخذك اما علمت ان الفخذ
١٢ الى الفخذ فلا من قول ابل لا جواب عن قول اهل الظواهر ١٢ ع سواءة نفس چيزے را ١٢ من
عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم
دليل معقول على كون الركبة عورة ١٢ ع
العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه
الزنج ١٢ من
برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل
تعنيف سرزنش كردن وسختى نمودن ١٢
من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر
اي الجواز ١٢ من اي النظر والمس ١٢ ع كما يجوز النظر اليه يجوز مسه بغير شهوة ١٢ غن
الرجل اليه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب
وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر
البسط ١٢
الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها
الاشتهاء ١٢
ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة
الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليه من غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى
اي الغالب ١٢
الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المرأة
لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد

(بقيه ٤٥٧) الى الطمع ولو كان القاضي شافعي المذهب لانه لا يأمن الرجل من الشهوة في النظر اليها يدل عليه ولقد همت به وهم بها ولكن سوق الآية يقتضي اظهار هذه الاعضاء الثلاثة مطلقا (الا لحاجة) كنظر القاضي (بقيه ٤٥٩)

والتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من التحقق في جانب واحد **قال** وتنظر المرأة من المرأة

الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل

الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المرأة الى المرأة

كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف

للاشتغال بالاعمال والاول اصح **قال** وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها

وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض

بصرك الا على امتك وامرأتك فان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى

ان ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع

ولا يتجردان تجرد العير ولان في ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما

يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة **قال** وينظر الرجل من ذوات محارمه الى

الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها

وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله

اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق

والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة

ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها

عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي

بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد

(بقية ٥٨ ٤) عند الحكومة (وكذا) لم ينظر الى الوجه (لوشك) في الاشتباه لان الحرمة غالبة والنفس طالبة بيدية

الصعلوك شرح تحفة الملوك ١٢ ص ٢٣٢ الفتح الرحماني ص ٢٠٧ ج ٢

بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح
او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك
في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح
النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس
لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا
بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر
المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام لا يخلوت
رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الركاب
والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة
فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك مجتهدا فان امكنها الركوب
بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها
وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة
غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه
وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة
داخله في حق محارمها الاقارب كان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة
علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار فلا تتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها
وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة

كتاب الكراهية

لأنه لا ضرورة كما في المحارم بل ولي القلة الشهوة فيهن وكمالها في الإماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة
المحارم ١٢ جمع امة اي كنزك ١٢ كمال الرق ١٢ غن

والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند حليفة رح على ما عرف
وعندهما حرة عليهما دين ١٢ غن

وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي
اي الخلوة بانت الغير والسفر بها ١٢ غن والية مال شمس الائمة ١٢ عنايه والية مال الحاكم الشهيد ١٢

الاركاب والانزال عتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن في ذوات المحارم مجرد الحاجة قال
اي المبسوط ١٢ اي في الاماء والغير ١٢ اي اعتبر نفس الحاجة الضرورة ١٢ ك

ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا
١٢ ان النظر اليها الخ يجوز اي الواضح وصلية ١٢ اي عند القدوري ١٢ ك

في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة
١٢ ك اي الشهوة وجود ذلك اي الشراء حالة اي

وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى وكان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة
وصلية ١٢ بل يكره ذلك ١٢

الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه
اي الا في حق شهوة وان كان اي قال محمد في الجامع ١٢ غن يعني تؤمر بلبس القميص ١٢ عيني

بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها
١٢ عورة ولم والنقرالي

فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصية في النظر الى الاجنبية
اي اشتهاء ١٢ اي القدوري في مختصره ١٢ غن

كالفحل أقول عائشة رضي الله عنها الخصياء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه
يعني بگوشش وتكرار آن بريدن وعقوبت كردن ١٢ م

فحل يجامع كذا المجبوب لانه يستحق ويتزل كذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق
اي الخنثى ١٢ ك

والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال
١٢ غن في مختصره اي القدوري

ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح
هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة
مملوك ١٢

متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة
متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت

كتاب الكراهية

لـ قوله اما الخلوة بها والمسافرة معها الخ وقد اختلف المشائخ في الحل وعدمه فيهما فرلان مصححان لا اقول لكن هذا في زماننا لما سيذكره الشارح عن ابن كمال انه لا تسافر الامة بلا محرم في زماننا لغلبة اهل الفساد وبه يفتى فتامل ١٢

ردالمحتار ص ٢٦٠ ج ٥

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون
الذكور **قال** ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام
نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة
قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء
فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره
فقد ذكرناها في النكاح **فصل** في الاستبراء وغيره **قال** ومن اشترى جارية فانه
لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله
عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن
بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث
الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه
المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل
بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية
ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر
مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد
فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة
المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة
والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري

له قوله ويعزل عن امته الخ انظر هذا البحث في رد المحتار مع مطلب اسقاط الحمل هل يجوز

من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ
لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عنده توهم الشغل وكذا
لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من
اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف ره لان
السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة
في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها
شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الان والحكم
ايضا الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد
الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو
مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت
المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو
سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت
وجوب الاستبراء حرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه ولاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور
الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا تحتمل الوقوع في غير الملك
ولانه مانع نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول
اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رح انها لا تحرم لانها
لا تحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا

له قوله من مال الصبي الخ تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات ١٢ مجلة الاحكام العدلية ويتفرع منه ان الصبي اذا مات فعلى امرأته عدة الوفاة ١٢ طي

كتاب الكراهية

والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام
الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تيقن انها ليست بحامل وقع
عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهر او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر
وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن ابي يوسف شهران وهو رواية
عن ابي حنيفة رح **قال** ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد
ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول
محمد فيما اذا اقر بها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها
ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم
يشتريها او يقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك
المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان
وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير **قال** ولا يقربها المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها
بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل
ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف
حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر
نفلا ففي المنع عنهما بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها القصور مدتها وقد صح ان النبي
عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض **قال** ومن له امتان

لقوله عند ابي يوسف الخ ولا يكره الحيلة لاسقاطه عند ابي يوسف خلافا لمحمد واخذ المفتي بالاول رخصة لا عزيمة ١٢

اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها
بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين
المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت
ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء
بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما ليس له ان يجامع
احدهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى
فرجها بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه
لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر
اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض
من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك
كله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله
او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احدهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا ان
يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احدهما
حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز
الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين **قال** ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل
او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله
لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه

قبلة الشفقة للاخ على الجبهة وقبلة الشفقة للابن على الفم وقبلة التحية للمرء على الرأس

حين قدم من الحبشة وقبّل بين عينيه وكلما ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة
وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في
المعانقة فاما لو واحد ما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح **قال** ولا بأس
بالمصافحة لانه هو المتوارث قال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت
ذنوبه **فصل في البيع** **قال** ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رح
لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به
لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها
مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط
في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة **قال** ومن علم بجارية انها لرجل فرأى
آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح
لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال
اشتريتها منه او وهبها لي وتصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان
غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على
ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض بشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام
مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله
ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان
اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها

كتاب الكراهية

للاول لو يشتريها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له

من صاحب اليد ١٢ البائع ١٢

ان يشتريها وان كان في اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل لم يعارضه

معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل

اي اليد ١٢

ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك

بيع ١٢ اي اليد ١٢ عن الشراء ١٢ هو اي ١٢ وطاقة ١٢ ترك كذا اي اشتراء

لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل

وهو الذي اليد دليل الملك ١٢ عن جارية ١٢ اي اذا تركها عنده او وهبها منه ١٢ ك

لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له

اي الذي ١٢ فعل اي ١٢ عن

وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشتريها القيام الحاجر

حالية ١٢

فلا بد من دليل **قال** ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان

اي معتمد كس

غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق

اي كما خذ

يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار ولا منازع وكذا لو قالت لرجل

انه حري اي بعد تحرا بالطلاق الانقطاع لان صحيح

طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي

لا عن صدقها اذا غلب ظنه

وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا

لا عن صدقها اذا غلب ظنه

لو قالت جاريته كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طار ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح

كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد

لا عن صدقها اذا غلب ظنها وان غلب بزوج آخر ان تزوج اي اليها مخبر ١٢

بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك

وان كان المخبر عدلا ١٢ عن حالية ١٢

من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان

اي اختها ١٢ اي اختها اخته رضاعي بنكاح صحيح ١٢ منه بملك يمين

يعني لم يعتبر اخباره ١٢

لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده

مخبر ١٢ العقد ١٢

كتاب الكراهية

له قوله التحري الخ اما الغيبة فهو عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته كذا في المبسوط واما كذبه فهو طلب الصواب

فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج انها ارتضعت
من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الخلاف يدفع الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن
نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه
ان يتزوجها لتحقق المنازع في هذه اليد بخلاف ما تقدم **قال** واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه
دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذه منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع
في الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فيبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل له
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه **قال**
ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك
التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان
يضرهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه
من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب
وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلتبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان التبس فهو مكروه
في الوجهين لانه غاد ونهى وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب

(بقية ٤٦٩) بقوله لان التحري انما جعل حجة حال الانتهاء وتقرر الادلة لم يزد قوة عن الوصول اليه واما حكمه فوقوع العمل
صوابا من الشرع كذا في المبسوط السرخسي ١٢ الفتاوى العالمكيرية ص ٣٨٢ ج ٥ له قوله ويكره الاحتكار (بقية ٤٦٩)

فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف

ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر

ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة

فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه

كثير اجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين

ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت

المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة **قال** ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه

من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له

ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق

بالجمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب

منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف

ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة

قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله

هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي

للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع

الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على

اعتبار السنة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه

(بقيه ٤٦٨) في افرات الآدميين الخ قد علمت ان هذه المسئلة متفرعة من القاعدة ستة وعشرين من المادة وحاصلها يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام يتفرع على هذا منع الطبيب الجاهل ١٢ قال سليم رستم في شرحه (بقيه ٤٧٠)

جلد كتاب الكراهية

وعزره على ما يرى في جرائمه دفعا للضرر عن الناس فان كان له باب الطعام يتحكمون ويتعدون عن
القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به
بمشورة من اهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه
القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على
قوم بأعيانهم من باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع فهل يبيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق
لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك **قال** ويكره بيع السلاح
في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد
بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله
في الفتنة فلا يكره بالشك **قال** ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان
المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية
تقوم بعينه **قال** ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد
فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة
على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية
فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه واما قيده بالسواد لانهم
لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام
فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا

(بقية ٤٦٩) هذه المادة مقيدة للمادة السابقة ومما يتفرع عنها الحجر على المفتي الماجن والمكاري المفلس دفعا للضرر العام وحجر السفيه والمديون وبيع مال المديون قضاء لدينه ودفعا للضرر عن الغرماء على ما هو المعتمد ونقض الحائط المائل الى طريق العامة (بقية ٤٧١)

فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح **قال** ومن حمل الذمي خمرا فانه

يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية

وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها

وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على

الحمل المقرون بقصد المعصية **قال** ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا

عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة

لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا ان مكة حرام

لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم

فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء

لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من اجر ارض مكة فكانما

اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج

اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه

ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حلالا فحلالا وله

رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه

وديعة ليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم **مسائل متفرقة** **قال** يكره التعشير

والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ولا يروى جردوا المصاحف في التعشير

والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره

(بقيه ٤٧٠) والتسعير عند تعدي ارباب الطعام

عليه عند الحاجة اذا امتنع عن بيعه دفعا للضرر العام ومنع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين (الاشباه والنظائر)

من بيعه لغبن فاحش وبيع طعام المحتكر جبرا

قالوا في زماننا لا بد للعجوز من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا **قال**

ولا بأس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه صار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه

من قبل **قال** ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال

مالك رح يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام

بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب

المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي

عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الجنب في اعتقادهم فلا يؤدي الى

تلويث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم

في الجاهلية **قال** ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع

وهو مثلة محرمة **قال** ولا بأس بإخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة

البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام كان يركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها

لما فيه من فتح بابه **قال** ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما هيئنا

عن ذلك وصح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره **قال** ويكره ان يقول الرجل

في دعائه اسألك بمقعد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز

ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه

بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه

لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح لانه ماثور عن النبي عليه السلام

كتاب الكراهية

(بقية ٤٧١) وقولها رواية الحسن عن الامام لان الناس يبايعون في اراضيها ودورها في سائر الامصار من غير انكار وهو من اقوى الحجج قلت اي فيجوز بيع ارضها بلا كراهة كما هو رواية الحسن وهما احق بل بما يفتى كما في المنح عن العيني

رُوِيَ انه كان من دعائه اللهم انى اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك
وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد وكان الاحتياط
فى الامتناع ويكره ان يقول فى دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على
الخالق **قال** ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر
حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن
باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس
يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكى عن الشافعى ولنا قوله عليه السلام
من لعب بالشطرنج والنرد والشير فكانما تمسح يده فى دم الخنزير ولانه يمنع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع
والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم
يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحريما وكره ابو حنيفة تنزيها به
بأسا ليشغلهم عما هم فيه **قال** ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة
دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفى القياس كل ذلك
باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان
رضى الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة واجاب بعض
من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى ابى سيد وكان عبدا ولان فى هذه الاشياء ضرورة لا يجد
التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة فى الكسوة
واهداء الدراهم فبقى على اصل القياس **قال** ومن كان فى يده لقيط لا اب له فانه

يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية
لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه
بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه
واجارة الاظار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والملتقط اذا كان في حجرهم
واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره
ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهنا يملكه الملتقط والاخ والعم
والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية
والحجر فصار بمنزلة الانفاق **قال** ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها
ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه
لا يجوز لانه مشروط بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير
العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه **قال** ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى
الدابة وهو طوق الحديد لكن يمنعه من ان يخرج رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة
اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء
واهل الاعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله **قال** ولا بأس بالحقنة
يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق
بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء
بالمحرم حرام **قال** ولا بأس بنزف القليل لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة

كتاب الكراهية

وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفوض له ولايته محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم

وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر

بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة

اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ

لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان

غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل فقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء

عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسمية

رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ

في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في اخر السنة والمأخوذ

من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها

قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة

السنة والاصح انه يجب الرد **قال** ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم

لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا

من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك

مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به **قال** فما كان منها عاديا فلا مالك له

كتاب احياء الموات

اوكان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من
اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري و
العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع
الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا ولذا لم يعرف مالكه
يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال
شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار
الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية
كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف
ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه
لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في
الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لانصب الشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف
الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه
العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء
الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها
لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها
والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث

اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء

بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول في الارض الرابعة

لتعينها بالتطرق وقصد الرابع ابطال حقه **قال** ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء

سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى

الاستيلاء على اصلنا **قال** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها

الى غيره لان الدفع الى الاول كان لتعميرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا

لم يحصل ادفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو

العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه بحجر غيرهم

عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه

ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعمله لا بد من زمان يرجع فيه الى فطنة زمان يهتدي

امره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات

والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحيه بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قال الامام الكلابذي

فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار

كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان عز حولها

اغصانا يابسة او نقي الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش

او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يلة المسناة ليمتنع الناس من

الدخول وحزم من بيد ذراعا او ذراعين وفي الاخير روي الخبر ولو كرى اوسقاها فعن محمد رح

(التنبيه ٤٧٦) اقصى العمران بمعنى ان صوت جميع الصوت لا يسمع من اقصى الدور التي من طرفه تلك القصبة او القرية ١٢ (المادة ١٢٧٠) وقال محمد خالد الاتاسي في شرحه وقوله ولا هي مرعى ولا محتطبا الخ اشارة الى #

جملة كتاب احياء الموات

(التنبيه ٤٧٨) لتنبيه اصل قصبة اوسع

انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان كان سقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو خوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء
لانه من جملة البناء وكذا اذا بنى بها **قال** ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل
القرية ومطرح الحصائد هم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فيها ودليلها على ما بيناه فلا يكون
مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى
بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا **قال** ومن حفر بئرا في برية فله
حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عندهما او بغير اذنه عندهما
لان حفر البئر احياء **قال** فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام
من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من كل الجوانب
والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر وهناك وان كانت للناضح
فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام
حريم العين خمس مائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون
ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن
للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه
من غير فصل والعامة المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف
في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر
ولا استحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه

(بقيه ٤٧٧) عن اقصى العمران اشارة الى الشرط الذي اعتبره ابو يوسف رح وهو البعد عن القصبة او القرية سواء كان محتطبا او مرعى او لم يكن ..... والظاهر ان الجملة اعتبرت الشرطين معا فما كان موتفقا لاهل قرية لا يكون مواتا وان كان بعيدا عنها (بقيه ٤٧٩)

ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه
ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة **قال** وان كانت عينا فيها خمس مائة
ذراع عمارة وبنا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع
يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة
والتقدير بخمس مائة بالتوقيف والاصح انه خمس مائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا
في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه
في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول
قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه
بالحفر ملك الحريم بضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان
احتفر اخر بئرا في حد حريم الاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل
له ان يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في طريق غيره فانه يؤخذ
برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح
ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان فيما عطب في الاولى فلا ضمان فيه
لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر
لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه
وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره
وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه

لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون الجانب الاول لسبق ملك
الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد انه بمنزلة البير في استحقاق
الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر
بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمس مائة
ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في
حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع
من كل جانب به ورد الحديث **قال** وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء
ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود
اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع
قهر غيره وهو اليوم في يد الامام **قال** ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم
عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي
عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام
لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي
لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد
الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البير
عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن
بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق

ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم
استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت
مسألة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب
الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب
ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع
فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع
فيما وراءه مما يصلح للغرس علا انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه
والمانع من نقضه اعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط للرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن
من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف
المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رح
وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما
معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا
كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري
من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده
وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك
ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع الضرورة قال الفقيه

(الفقه ٤٨٠) ولم يوجد دليل على يد احدهما لا شجار له مغروسة فيهما فالطريق لصاحب الصفة

ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريم مقدار
نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب هذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة
الشرب لبني آدم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة
وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر
كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء
الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق
وحق سقي الاراضي بان احيى واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة
ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر
بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب في ذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا
انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه
للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت في الاصل فيه قوله عليه السلام

الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه
الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح
بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في بقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه
استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى
حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه
اضرر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب
والرابع الماء المحرز في الاواني لانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد
الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع
يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل لا يمنع
من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك
احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط
ان لا يكسر ضفته وهذا مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له
ما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا ينقطع

له قوله والرابع الماء المحرز الخ فلو احرزه في جرة او جب او حوض مسجد من نحاس او صفر او جص وانقطع جريان الماء فانه يملكه، وانما عبر بالاحراز لا الاخذ اشارة الى انه لو ملأ الولو من البئر ولم يبعده من رأسها لم يملكه عند الشيخين اذ الاحراز جعل الشيء في موضع حصين ١٢
شرح المجلة لمحمد خالد الاتاسي ص ١٩٣ ج ٤

الشركة في الشفعة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح
لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفعة والماء في البير مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز
في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل
في البير ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام
التعزير له والشفعة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي
كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا يردها في كل وقت فصار كالمياه
وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع
تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر
بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا
في داره حملا بجداره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة
وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبيره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع
من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع
شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل
فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك واعاره فلا بأس به لانه حقه فيجري فيه الاباحة
كالماء المحرز في اناء **فصل** في كري الانهار قال رضي الله عنه الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم
يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر
مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به

وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون
مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى
للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن فى بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريها احياء لمصلحة
العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له
من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثانى فكريه على اهله
لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم
يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الابى خاص ويقابله عوض
فلا يعارض به ولو اراد ان يحصنه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق
يجبر الابى والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل
وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الابى كما فى الثانى وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابى بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضى فاستوت الجنبتان
بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم

اى النهر الذى هو غير مملوك لاحد ١٢ اعين
اى المسلمين ١٢
اى الكرى ١٢
اى الخراج ١٢
اى مال ١٢ عين
وقد مر ذكر النوائب فى كتاب الكفالة ١٢
اى الكرى ١٢
اى الكفالة ١٢
الامام ١٢
اى الكرى ١٢
الامام ١٢
اى الكرى ١٢
اى الكرى ١٢
اى الانبثاق ١٢
اى الانبثاق ١٢
اى الكرى لانه معلوم فيجبر الابى لا محالة ١٢ عين
من الكرى ١٢ اى ثم وبه اخذ ١٢ عين
اى الطرفان
بقدر حصة الابى ١٢
الانفاق ١٢
هذا هو ظاهر المذهب قال بعض المتاخرين يجبر الامام على الكرى لحق الشفعة فى النهر كذا فى الكفاية ١٢

كتاب احياء الموات

من كتب بالشفعة فارجع الى ص ٤٢٤٦ ج ٤

من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله
الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل
من الماء فيه وله ان المقصد من كري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه
انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه
يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا
وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة
من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي
ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم تفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه
وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك دون الارض ارثا
وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في
ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه
فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه
البينة ان هذا النهر له وانه قد كان له مجراة في هذا النهر يسوقه الى
ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه

وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف
فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر
اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود
التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان لاحد منهم لا يشرب
حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته
فان تراضوا على ان يسكر الا على النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل
منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر وما ينكبس به النهر
من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضاء
اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون
رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف
في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر
ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية
نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف
ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر
عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض
ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف
في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع

(بقيه ٤٨٦) الى آخره لان الغرم بالغنم راجع المادة ٨٧ مثلا نهر مشترك بين عشرة احتاج الى الكري فصارف اعلى حصته

فم النهر لانه يكسر صفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى
وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول
الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة
الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو
العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم
ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان
لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله
لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان
يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد من
الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه
اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى
حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض
الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم
ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق
ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسبه بعضها دفعا
لفيض الماء عن ارضه كيلا تتزر ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان
يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا

(بقية ٤٨٧) على هذا السياق يذهب نصاب الحصة السفلى ليشارك الجميع في المصرف ولعوده لعموم (بقيه ٤٨٩)

لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه اعارة
الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف
البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك يعني بهذه العقود حيث لا تجوز العقود بالجهالة
او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية
بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما
قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من
العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع
الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع
الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يكن ذلك اشترى على تركة الميت ارضا
بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين
واذا سقى الرجل ارضه او فجرها ماء ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او
نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا
غلا واشتد وقذف بالزبد والنضيح اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في
الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها
في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا

وهذا عندنا وهو المعروف وعند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر
لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة
والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل
اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في
غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا
فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا
كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو
اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب
قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت
به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية
الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية
فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب
بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو
الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين
وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان
قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه

كتاب الاشربة

بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات
والشافعي يعدي اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في
الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما
بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم
حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها
والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر
لا يحل له ان يأخذه ولا المديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على
حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم
الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس
حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر
لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد
فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة
رضوان الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع
من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد
بالقليل في النبيذ خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي
وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر

(بقيه ٤٩٠) وانا آخذ بقولها دفعا لتجاسر العوام لانهم اذا علموا ان ذلك يحل قبل قذف الزبد لقيعون في الفساد

واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطبوخ ادنى طبخ ويسمى الباذق و
المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد
على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه
رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع
التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب وحرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه
مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالحرام لا يتحقق
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء
وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل المراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا و
تدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا وبتاتا
فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر
حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية
ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية
وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند
ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهد دلالة قطعية بسقوط تقومها
بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه
لانها محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون
الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به

كتاب الاشربة

جلد ٢

له قوله ولنا انه رقيق ملذ الخ والمتوفى في زماننا يقول محمد رحمه الله ان شاء الله تعالى ان حتى يحرم من سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل

له واللبن والتين لان الفساق يجتمعون على هذه الاشربة في زماننا ويقصدون السكر والفجور بشربها كذا في التبيين ١٢
الفتاوى العالمگيرية ص ٤١٢ ج ٥

قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من
الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر
منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج وابن الرماك وعن
محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة
وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد
بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاء هذه
المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله
عنهما وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه و
فيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة رح فلم
يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو
ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى **قال** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد
انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك
فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة
نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب

(بقية ٤٩٤) طلاقا لمن من مسكر الخمر بنيتي (ربه فتى) ذكره الزيلعي وغيره واختار صاحب الهداية

والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال

ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة

وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين

واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته

وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ

من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن

سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على

سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك

لا يحل عند ابي حنيفة رحمه اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في

اباحته من قطع مادة الجهاد ولا حترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى

ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك و

الشافعي رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق

وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه

السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر

الحبة منه فالحبة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر

ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل

شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر

وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه

والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على

ما بيناه وهو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعدما

ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا

ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا

للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى

طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير

قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب

ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب

احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة

ثم انقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به

وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب حصة الحرمة

ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في حدثه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد

حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ **قال** ولا بأس بالانتباذ

في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية

فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال

ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره

كتاب الاشربة

جلد

فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه
بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر
وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته

قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا
وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه
القبول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل
يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي
به والاصلاح مباح وكذا الصلاح للصلاح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام
الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره
من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص من الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب
منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا **قال** ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به
لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة دابة
ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي
في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا

له قوله وقيل عند ابي يوسف رح الخ الفتوى على قول ابي يوسف رح كما اشار اليه في الفتاوى العالمگيرية حيث قال وقال بعض المشائخ على قول ابي يوسف رح ان لم يجفف في كل مرة لكن ملأه بالماء مرة (بقية ٤٩٧)

قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبو عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل للتنجس بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب بدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا

(تتمة ٤٦٦) لعبد الحربي فما دام الماء يخرج منه متغير اللون لا يطهر واذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته وعليه الفتوى ١٢ ص ٤١٦ ج ٥

والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى
ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق
بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي
بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج
بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهرق منه ثلثة
ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة
فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب
منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال
ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق اخر وفيما
اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى
واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله
عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب اخر
فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى الاباحة انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب
وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف

فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يجري به الكتاب فصلان احدهما في الصيد
بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل في الجوارح** قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم
والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من
السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته
والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل المكلبين
المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد
والدب لانهما لا يحملان لغيرهما الاسد لعلوه همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الخنزير
لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تناولنا
من النص ينطلق باشتراط التعليم والحاقات به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات
وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ولان
بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو
مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو
الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما ألفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط
ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله لان فيما دونه مزيد
الاحتمال فلعله ترك مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له

(بقية ٤٩٨) فلا بد من ظهور اثر ذلك في خلق التناول للغذاء من الاثر من ذلك كما قال صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء

وهذا لأن الثلث قد ضربت للاختبار وابتلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص
الاخيار ولأن الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر
بها وعند ابي حنيفة رح على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم
ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي
المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما
لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد
كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه اية تعليمه عنده فكان
هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم
وذلك بعد المباشرة **قال** واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله
فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان
الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة بل بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل
منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه
وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق
الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من
الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو
من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي فيه اخذ
باليقين وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا

جلد
كتاب
الصيد

(بقية ٤٩٩) اكل الطيبات قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم وقد
اكرم المؤمنين فيصدق الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

قال يا ايها الرسل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل التناول منها فيما يحل منها بالزكاة قال الله تعالى الا ما ذكيتم وزعم
العراقيين من مشايخنا رحمهم الله تعالى ان الذبح والتزكية محظور بالعقل لما فيهما من (بقية ٥٠١)

قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه الباز اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم
وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رح في قوله
القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا
الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعد حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها
في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحللية
وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو
محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس بدليل على الجهل فيما تقدم لان
الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد مضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان
المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه
لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه اية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا
اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه
بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا
ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب
الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب
ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة
والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره
وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد

كتاب الصيد

(بقية ٥٠٠) ايلام الحيوان وهذا عندي باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن انه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل

والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يجرحه
المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله
ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد فلو القى ما نهشه واتبع الصيد
فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من
نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل مما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه
الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون
ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل
الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله قال وان ادرك المرسل
الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه
قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل
حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق
ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يحل وهو قول
الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر
انه قدر اعتبارا لانه تثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه
لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر
الذبح فاديرت الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت
حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت

جلد كتاب الصيد

له قوله لم يؤكل في ظاهر الرواية الخ الفتوى على قول ظاهر الرواية كما في الفتاوى العالمگيرية وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات حرم اكله وكذا البازي (بقية ٥٠٣)

ليس مذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم
يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا
فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه
ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطرابه المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء
بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا
بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه
ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي نفر الذئب بطنه فوقع
حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند
ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش
مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه لم يأخذه
فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه
ذبحه اكل لان اليد لم تثبت بعد التمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت
فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة
ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد
واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار
اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا
يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير

(بقية ٥٠٢) والسهم لانه ترك زكاة الاختيار مع القدرة عليها وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن

وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع
بالارسال على ما بينا ولهذا اشترط التسمية عند الفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة
بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد
من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة
ومن ارسل كلبا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يوكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد
لا استراحة فلا ينقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله
ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه كلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما
لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب اخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به
صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ
وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع
الصيد فاخذه وقتله فانه يوكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث
ساعة للتمكين لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان
او لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه **قال** وان خنقه الكلب ولم يجرحه
لم يوكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة
وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق
قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه

ل قوله وجه الاول ان المعتبر الخ ثم حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط ..... الثاني ان يكون جارحا قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) وفي معنى الجوارح قولان (احدهما) ان يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه (والثاني) الكواسب قال الله تعالى (بقية ٥٠٥)

يريد به عمدا لم يوكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم
فيغلب جهة الحرمة قصدا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول
يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه
حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين
لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد
فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد
به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا
كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي
فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار
زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي بالزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل لان الزجر دون الارسال
وهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد
والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم
فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث
انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل
المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين
فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا

ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا والملك للاول

لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في

الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يجرحه بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن

الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل** في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او

ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان

لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه

لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤنس في جلدها ونزفرها فخص منها ما

لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص

بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل

فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى

صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل

ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي المؤنس بمنزلته لما بينا ولو

رمى الى طائر فاصاب صيدا او مر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد

لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا يحل

الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية

عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع

حسه وقد ظنه ادميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه

واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم
آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها
والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده **قال** واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب
عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل
لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هواما
الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب اخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم
في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى
الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون
بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت
يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل
لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام
والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه **قال** واذا
رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل
لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك
وكذا السقوط من علو يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان
وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك

له قوله ثم تردى منه الخ هذا كله اذا جرحه جرحا يرجى حياته منه وان كان جرحا لا يرجى حياته منه لا يحل لانعدام هذا الاحتمال اذا بقي فيه من الحياة مقدار ما يكون في الذابح بعد الذبح بان ابان رأسه ثم وقع في الماء ١٢ الفتاوى العالمكيرية ص ٤٢٧ ج ٥

وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او اجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او نصبة قائمة او على حرف اجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى ووقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما يصيبه من الارض او وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابه البندقة فمات بها

له قوله ولا يؤكل ما اصابه البندقة الخ نقل الخادمي في حواشي الدرر عن فتاوى علي آفندي المحل معللا بان النار تعمل عمل الذكاة في الحيوان حتى لو قذف النار في المذبح فاحترقت العروق يؤكل لكن ينبغي ان يحمل على ما اذا سال الدم حتى اذا انجمد (بقية ٥٠٩)

لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك
ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر
خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم
وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه
قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر
كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود
حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ
لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا
الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع
الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او
بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه
قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا
يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة
او كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء
لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت
كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه
الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلفا صيد

(بقية ٥٠٨) لم يسل لا يحل الى آخر ما ذكره فانظره وسيأتي للمحشي في الجنايات ان القتل بالبندقة المرصاص عمد لانها
من جنس الحديد وتجرح فيقتص به لكن اذا لم تجرح لا يقتص به على رواية الطحاوي انتهى ومقتضاه حل الصيد *

كتاب الصيد

اوقرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فقطع
عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رح اكلا ان مات الصيد منه
لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار
بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي
فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه
الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه
الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله
ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا تظهر في
المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الجزء هو الاصل ان المبان من
الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة
بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما وهذا لو وقع في الماء وبهذا القدر من الحيوة
او تردى من جبل او وسطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه
مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي
ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل
المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحد
وان تناول السمك وما ابين منه فهو ميتة الا ان ميتته حلال بالحديث الذي
رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع

لا بلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت
حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام
والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا
بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي
والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة
الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى
صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويوكل لانه
هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار
بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت
مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة
الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان
وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه
من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف
لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به عنده وعند محمد يحرم لان هذا
القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول

جلد
كتاب
الصيد

له قوله وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج الخ انظر هذا البحث في كتاب الذبائح ص ٤٣٧ ج ٤ حيث قال وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو زكاة و يكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة .... وان ماتت قبل قطع الاوداج لم توكل ١٢

غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص
بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل
بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه
ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا
يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري
قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين
ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما
نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو
مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية
ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار
لو لا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر
لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة
كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم
رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني مجرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من
الحيوان وما لا يوكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم شعر
صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده
او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

له قوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين الخ وان كان كل واحد من الجرحين بحال لا يخرجه من الصيدية عند الانفراد ولما اجتمعا خرج من ان يكون صيدا فالصيد لهما وكذلك اذا اصاباه معا لاشتراكهما في الاخذ والحل ثابت ١٢
الفتاوى العالمكيرية ص ٤٢٥ ج ٥

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه
من الرهن كالدين وهو مشروع لقوله تعالى فرهن مقبوضة ولما روي انه عليه السلام
اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد
وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن
ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم
بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه
عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء
يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا
لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في
ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رح
انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب
بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول
اصح قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض
بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان
شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله

قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط
شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه
قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين
اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك
يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول
النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه
السلام اذا اعمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد
ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع
اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا
يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولان
الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم
قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم **شعر** وفارقتك برهن لا
فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ
على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت
بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع
به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء
من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف

حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى
استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت
نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه
المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق
الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا لحكم الرهن ضرورة
الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا
بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى
جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاستزداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام
وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعيينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان
شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكم ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء
يتلو الوجوب **قال** رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه

كتاب الرهن

(بقية ٥١٤) من الاولى (افاده في الصنعة) فلو كان القبض الاول قبض ضمان بان كان المرهون مغصوبا

يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على
ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا تجب الا بعد الهلاك
ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا
بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف
الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته
والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة
لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من
الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون
بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمس مائة والدين الف رجع الراهن على
المرتهن بخمس مائة له حديث علي رضي الله عنه قال يتراد ان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين
مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر و
عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان
الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل
بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال للمرتهن
امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن

كتاب الرهن

جلد ٤

والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظلم مطله
عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه
يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام
يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا
احضره أمر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما
في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي
وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها
في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه
في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا
نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به
زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز
لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار
وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن
رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن
لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف
الاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام
العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته فثلث سنين لم يجبر

كتاب الرهن

الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها
كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله فيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا
افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضاره
الرهن لانه لم يؤتمن على حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قلة ولو وضعه العدل في
يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري
لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا
وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يكلف ان يأتي به هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل
جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه
لما جحد فقد نوى المال والنوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به

قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه
الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بينا ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي
البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول
الحق الى المستحق فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك
بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن
حبسه ماله بقبض الدين ويبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى
مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس
للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون

كتاب الرهن

كما في المادة ٧١٨ للراهن والمرتهن فسخ الرهن باتفاقهما لكن للمرتهن حبس الرهن وامساكه الى ان يستوفي ماله في ذمة الراهن بعد الفسخ ١٢

الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية
الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن
بالتعدي **قال** وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله
قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده
فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على
الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان
الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي فلو رهنه
خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما
الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية
الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا
الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين
او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان
بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو من
يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن **قال** واجر بيت
الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على
الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في
الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه

كتاب الرهن

جلد

١ قوله الذي في عياله الخ قال في رد المحتار المعتبر كون الشخص عيالا له ان يساكنه سواء كان في نفقته ام لا

وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه

واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد

الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان

الحفظ اولرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك

حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن

فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان كراء الماوى على الراهن بمنزلة النفقة

لانه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الابق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة

يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت

قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى

الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد

المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت

الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب

ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل

الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الامراض

والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة

لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين

ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق

كتاب الرهن

وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر

القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله لا

يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين

وهي فرع مسألة الحجر والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتنى على

حكم الرهن فانه عند ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع

وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو

الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق

من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو

جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما

لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة

لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا

الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل

حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما

لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من

حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما رجع اليه فالابتداء والبقاء

له قوله وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين الخ فالمفتى به قول الثاني وعليه فلا فرق بين الحاضر والغائب وهو ظاهر اطلاق المتن ١٢ رد المحتار ص ٣٤٧ ج ٥

سواء كالصحيحة في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار
القبض في الابتداء لتمام الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في
بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل
ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون
خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان
الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه
لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت
فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير
راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة
وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا
للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف
المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع
والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض
والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء
الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي
ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع التسليم الدابة
المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون

جملة كتاب الرهن

بالمرهون اتصال قرار كالبناء والشجر بل ما كان ايضا متصلا به للقطع كالزرع والثمر ولو لم يذكر صريحا ويدخل فيه ايضا
الشرب والطريق بدون ذكر صريح وبدون ذكر الحقوق والمرافق ١٢ شرح المجلة لسليم ص ٣٩١

رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء

دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة

مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة

بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر **قال** ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع

والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت

ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها

كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا

لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهي ان

يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر

وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان مستقر فانه ان كان قائما وجب تسليمه

وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح **قال** والرهن بالدرك باطل والكفالة

بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك

الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا

الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه

قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين

الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك

بما يستوفي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة

الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال

ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء

وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في

المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع

باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضه

باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم

وصار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن

بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه

ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن

يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك

يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن

به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له

ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو

اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك

المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب

وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية

في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها

كتاب الرهن

جلد

لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطاء لان استيفاء الارش من الرهن ممكن

ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد

المديون الماذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا بأجرة النائحة

والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان

يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الرهن

اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم

كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة

فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى

عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة

ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن

بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما

صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رح خلافه

وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه **قال** ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا

لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه

ابلغ في خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي

بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف ومحمد رح انه لا يجوز ذلك منهما

وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في

كتاب الرهن

حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ
لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا اجاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك
في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا
المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسألة البيع فان
الاب والوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي
عندهما وعند ابي يوسف رح لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع
نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد
له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لو فوض شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في
هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه
او من هذين او رهن عبده من اليتيم نحو لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا
يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة
في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن
من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع
اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم
في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز
وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان
والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس

للابن ان يرد حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه
بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به
في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذا اذا هلك
قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على
نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته
من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب
اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض
المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من
مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه
هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك
على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه
ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي
فارهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق
المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بالدين ان كان قد
حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له
على اليتيم فالتقاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان
المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل

كتاب الرهن

جلد ٤

قوله اذ لم يكن الاب او وصي الاب الخ اقول ظاهر ان الاب ووصي الاب كالجد ابي الاب فلا وجه لتخصيص الجد بالذكر فتامل ١٢ منه

قوله ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم الخ اقول ظاهر ان الاستعارة لحاجة الصبي ايضا من مال اليتيم فلا وجه لتخصيص الاستعارة لحاجة اليتيم ١٢ منه

قوله على ما نبينه ان شاء الله تعالى اقول لم يبين ما نبينه ١٢ منه

قوله ولو استعاره لحاجة نفسه الخ اقول ظاهر ان الاستعارة لحاجة نفسه ايضا من مال اليتيم فلا وجه لتخصيص الاستعارة لحاجة الصبي ١٢ منه

قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير لعل ان ما ثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل بان قال ان لم يمنع مانع كما في الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما اقول هذا التقييد يخل بالمقام اما اولا فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه اول المسئلة ÷

للیتیم وان کان لم یحل الدین فالقیمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفویت حق المحترم

فتکون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل کان الجواب علی التفصیل الذی فصلناه ولو انه

غصبه واستعمله لحاجة الصغیر حتی هلک فی یده یضمنه لحق المرتهن ولا یضمنه لحق

الصغیر لان استعماله لحاجة الصغیر لیس بتعد وکذا الاخذ لان له ولایة اخذ مال الیتیم

ولهذا قال فی کتاب الاقرار اذا اقر الاب والوصی بغصب مال الصغیر لا یلزمه شیء لانه لا یتصور

غصبه لما ان له ولایة الاخذ فاذا هلک فی یده یضمنه للمرتهن یاخذه بدینه ان کان

قد حل ویرجع الوصی علی الصغیر لانه لیس بمتعد بل هو عامل له وان کان لم یحل یکون

رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدین یاخذ دینه منه ویرجع الوصی علی الصبی بذلک لما ذکرنا قال

ویجوز رهن الدراهم والدنانیر والمکیل والموزون لانه یتحقق الاستیفاء منه فکان محلا للرهن فان رهنت

بجنسها فهلکت هلکت بمثلها من الدین وان اختلفا فی الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة

بجنسها وهذا عند ابی حنیفة لان عنده یصیر مستوفیا باعتبار الوزن دون القیمة وعندهما

یضمن القیمة من خلاف جنسه وتکون رهنا مکانه وفی الجامع الصغیر فان رهن ابریق فضة وزنه

عشرة بعشرة فضاع فهو بما فیه قال رضی الله عنه معناه ان تکون قیمته مثل وزنه او اکثر هذا

الجواب فی الوجهین بالاتفاق لان الاستیفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القیمة وهی مثل

الدین فی الاول وزیادة علیه فی الثانی فیصیر بقدر الدین مستوفیا فان کانت قیمته اقل من

الدین فهو علی الخلاف المذکور لهما انه لا وجه الی الاستیفاء بالوزن لما فیه من الضرر بالمرتهن

ولا الی اعتبار القیمة لانه یؤدی الی الربوا فصرنا الی التضمین بخلاف الجنس لینتقض القبض

اذا ادی وان الجید زیوفا استحقها الدائن ثم علم انه قبض مکان الجید زیوفا فعند ابی حنیفة

لا یرد ما انفق وتقع المقاصة ۱۲ ص ۱۰۵ ج ۳

ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع فهذا
يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا
الانسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا
استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح
على ما هو المشهور لان محمدا رح فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذا مع ابي يوسف رح والفرق
لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك
وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو
انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف
لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة
على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه
وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا
فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع
المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او كسرا من جنسه

كتاب الرهن

وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رح لانه يعتبر حالة
الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته
اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رح يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان
العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل
كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل
مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته
وتكون خمسة اسداس الاباريق له بالضمان وسدسه يقرن حتى لا يبقى الرهن شائعا
ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة
القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند
المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سعا فامكن
اعتبارها وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع
شعبها **قال** ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا
يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس
فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق
وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح
العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للحوالة فبقي الاعتبار

لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر
عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في
الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على
التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف
مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن رهنا لان بدل الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة **قال** ومن اشترى
ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ
عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط
براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف
لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه
بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مد يده الى الاعطاء علم ان مراده

الرهن

فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين
وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا
بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد
من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه
اذا اوفى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة
الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز

قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع في موجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة رح فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته من الثمن قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسك حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذ يجهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا

(فرع) اخذ عمامة المديون لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا كما في التنوير وتمامه فيما علقته عليه ٢
ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر ص ٢٥٥٩٩

القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما
ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته وآذا وقع باطلا فلو هلك هلك امانة لان
الباطل لا حكم له **قال** ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة
على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه محمد استحسانا وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد
الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان
ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات
الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت
اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم
بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز قال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ ان
يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة
يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة
الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في
حفظ العين كالمودع **قال** وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده
وامانته وتعلق حق المرتهن بالاستيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده

في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن
في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي
واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في
يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تنافٍ لكن يتفقان
على ان ياخذها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يدفع احدهما الى القاضي
ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن
فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في
يده ياخذها اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل

قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة
لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم
ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى
انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه فصار
كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة
ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله
المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل
بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم **قال** وللوكيل ان يبيعه

بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل

على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات

الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل

رضي برايه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رح ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه

الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال عينا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد

ما صار عينا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق

المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان

يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال

فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما

ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم

اجبر على الخصومة للوجه الثاني هو ان فيه ايفاء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه

فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل

مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا

الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير في الاصل

واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما

كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا

قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المال يستحق من حيث المالية وان كان بدل الدم

(بقية ٥٣٤) من التركة وتخليص الرهن وان كانوا صغارا او كبارا الا انهم غائبون عن البلد اي هم في محل بعيد عنها

مدة السفر فالوصي يبيع الرهن باذن المرتهن ويوفي الدين من ثمنه ٣ مجلة الاحكام العدلية

فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع بالانه قائم
مقام الاول لحما ودما **قال** وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه
العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له
ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول
المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه
متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على
الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بالحقه من العهدة ونفذ البيع وصح
الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين
انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما
اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه
واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون
قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع
على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب
بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة
لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن

له قوله ثم استحق الرهن فضمنه الخ ثم اعلم ان كل ما ذكره صاحب الهداية فيما اذا استحق الرهن بعد بيعه اما لو استحق قبل البيع في يد المرتهن فان كان قائما ياخذه المشتري منه ويبطل الرهن ولو كان الرهن شيئين فاستحق احدهما بطل الرهن فيه ويبقى الآخر رهنا بكل الدين (درمختار)

(بقية ٥٣٧)

كتاب الرهن

لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا
فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به
على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن
وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل وان كان التوكيل بعد عقد
الرهن غير مشروط في العقد فالحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن
المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن
اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف
الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه
هكذا ذكره الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات
العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء
ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن
فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما
ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض
اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه
والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار
كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رح والجواب عنه انه
يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه

(بقية ٥٣٦) ولكن ان هلك بجميعه من الدين وان كان في قيمته وفاء بكل الدين (خانية) راجع تتمه
شرح المجلة المادة ٧١٠ وان كان الرهن قد هلك في يد المرتهن فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن*

كتاب الرهن

* قيمة الرهن لتعديه بالقبض (تقديم) وان شاء ضمن المرتهن لتعديه بالتسليم (مدني) شرح المجلة المادة ٧٤٢

وكيل منه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه ازال المانع من النفوذ وللمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخ الفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما ثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا قدر على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم ولايته الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باع الراهن من رجل ثم باعه بيعا

كالبيع والكتابة والاجارة والهبة والصدقة والاقرار ونحوها او تصرف لا يحتمل الفسخ كالمعتق والتدبير والاستيلاد اما الذي يلحقه الفسخ لا ينفذ بغير رضا المرتهن ولا يبطل حقه (بقيه ٥٣٩)

ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف
لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم اجر
او وهب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن
ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له
في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه
في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح
الفرق **قال** ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ اذا كان
المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا
حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان
الاجارة تبقى مدتها اذا لحق يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه
فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او اعتق الابق او
المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله
ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد
المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق
الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد
الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق بطل
الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه

لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا
اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي
التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان
معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر
الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج
بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل
نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر
فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا
عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره
بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى المشترك
في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق
الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة
اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى
للبائع الا رواية عن ابي يوسف رح والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع
لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري
والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو
اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال لفلان هذا

(بقية ٥٣٩) ينفذ ويبطل الرهن ثم اذا صار حرا عندنا وخرج عن حكم الرهن ينظر ان كان الراهن موسرا لا سعاية على العبد و
الضمان على حاله على الراهن وان كان الدين حالا يجبر على قضائه وان كان مؤجلا وحل الاجل فكذلك (بقية ٥٤١)

عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا خلافا لزفر ره هو يعتبره باقراره
بعد العتق ونحن نقول اقراره تعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف
ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا
فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن
صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى
واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن
موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام
الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان
كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة
ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا ما من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه
عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى
تحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن
المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه
وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى **قال** وكذلك لو استهلك
الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه
مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه
احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم

(بقية ٥٤٠) ولو لم يحل نفذ العتق فيأخذ من الراهن قيمة العبد فيحبسها رهنا مكان العبد ثم اذا حل الاجل
ينظر ان كان قيمة العبد من جنس الدين استوفى دينه ورد الفضل وان كانت من خلاف جنس الدين

جلد ٤ كتاب الرهن

(بقية ٥٤٢) جنسها بالدين كما كان قبل حلول الاجل وان كان الراهن معسرا فللمرتهن ان يستسعى
العبد في الاقل من ثلاثة اشياء

هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمس مائة ويوم رهن الفا غرم خمس مائة وكانت رهنا وسقط
من الدين خمس مائة فصار الحكم في الخمس مائة الزيادة كانها هلكت بافة والمعتبر في ضمان الرهن
القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا
انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير
وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو
على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده
على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى
خمس مائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمس مائة وسقط من
الدين خمس مائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو
مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف

قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان
المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض
المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى
انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد
العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن
ثابت في يد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه
عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط

فيها ثم يرجع على الراهن اذا ايسر باسعى لانه قضى دينه مضطرا او يرجع المرتهن ببقية دينه ان بقي من دينه
بقية فان رهن عبدا قيمته الف بالفين ثم ازداد (بقية ٥٤٣)

حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه
وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشر احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن
فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق
بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا
استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن
لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل
هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا
اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به
من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك
العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن
كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها
لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان
التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا
لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد
بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض
وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن
المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان

(بقية ٥٤٢) ثم اعتقه فان العبد يسعى في الالف قدر قيمته وتحت الرهن لان الضمان يثبت في قدر الالف

(بقية ٥٤٤) ويبطل الرهن وليس للمرتهن حبسه لعدم التدبير ثم ينظر ان كان الراهن موسرا ارد الرهن

فتبين انه رهن ملك نفسه وأن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن بالدين
على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل
الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب
مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع
دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب
مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة
وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب
الثوب ما صار له موفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن
الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن
بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في
تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية بيد الراهن
قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما
بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين
كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا
في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه
كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر
الموعود المسمى لما بيناه انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن

(بقية ٥٤٣) اخذ جميع دينه منه وان كان الدين مؤجلا فيأخذ قيمته من الراهن ويكون رهنا مكانه كما في العتق

جلد ٤ كتاب الرهن

وان كان الراهن معسرا والدين حال فانه يستسعي المؤجر في جميع دينه بالغا ما بلغ وان كان الدين مؤجلا فيستسعيه في جميع القيمة ويحبسها مكانه مرتهنا الفرق (بقية ٥٤٥)

بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت
العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع
بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته
برضاه وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير
لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنها ثم رهنها بمال مثل قيمتها ثم قضى المال
فلم يقبضها حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين
رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد
الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد
عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من
الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه
عند الهلاك وتحقق الاستيفاء **قال** وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت
حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة
بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه **قال** وجناية المرتهن
عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين

(بقية ٥٤٤) بين التدبير والاعتاق في مرضين احدهما ان في العتق اذا كان الراهن معسرا يجب على

وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال

وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا

جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوقاية

فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية

المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا

حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية

ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية

فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال

المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن

كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب

التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء

لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين

فعن ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد

الوديعة على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار

كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة

فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص السعر فرجعت قيمته

الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع

على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رح
هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن
فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان
بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء
واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته
مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه
المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزداد على
دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام
مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر
وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل
مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسع مائة في العين
فاذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد
لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا **قال** وان كان امره الراهن ان
يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسع مائة لانه لما باعه باذن الراهن
صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك بطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر
ما استوفى كذا هذا **قال** وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين
وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء

كتاب الرهن

سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر ره يصير هنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء
وقد تقرر بالهلاك الا انه اختلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على
زفر ره ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا
يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولهما في الخيار
ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا
قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام
الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر ره وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه
منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع
لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان
مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به
فهو على هذا الخلاف وان قتل العبد الرهن قتلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له
ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن
بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان
يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى
المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها
التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن
فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن

جلد ٤ كتاب الرهن

له قوله ولهما ان التغير لم يظهر الخ الفتوى على قول الشيخين كما اشار اليه صاحب الدر المختار وايده رد المحتار
حيث قال الدر امتنعه الراهن وجوبا لكل الدين وهو الالف لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما (البقية ٥٤٩)

وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن
بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم
يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم
العبد فديته على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختاران
يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيأخذ
صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية
لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل
للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك
وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين
العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان
كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع
بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد اشتغلت
فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله
وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان
النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن
وفي الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن

(بقية ٥٤٨) وقال محمد ان شاء افتكه بكل دينه او تركه ..... لكن عامة المتون والشروح على الاول
(قوله لما ذكرنا) يعني صورة ومعنى بظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره
جزأ من حيث الآدمية عناية ١٢ رد المحتار (شامي) ص ٣٦٩ ج ٥ قلت لكن صنيع المصنف لغيره يفيد
ترجيح الاول فلا تغفل ١٢ ملتقى الابحر ص ٦٠٩ ج ٢

والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن
قال انا افدي ها هنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن
وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن
انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه
وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس
للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة لا مالية
حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه
كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين
ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء
من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم
ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من
الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف
كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا
بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن
حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح المرتهن متطوع في الوجهين لانه
فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا

له قوله والراهن حاضر متطوع الخ الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى حيث اجر صاحب العناية
دليله وذا من ترجيحاته وايضا صرح في الفتاوى العالمكيرية في الصفحة ٣٨٣ بالنصه (بقيه ٥٥١)

امكن مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر
مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا
اى اصلاح المضمون ١٢
يكون متبرعا **قال** واذا مات الراهن باع وصيه الرهن و قضى الدين لان الوصي قائم
اى القدورى ١٢ عينى — الاى على الراهن ١٢
مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان
لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق
المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره
الوصى ١٢
ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند
الوصى ١٢
غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه
اثار برگزيدن ١٢م
الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع لوصول
اى ايثار بعض الغرماء ١٢ — الوصى ١٢ — الرهن ١٢
حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في
غريم ١٢
دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين الميت على رجل جاز
لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب
ارتهان ١٢ — الوصى ١٢
الوصايا ان شاء الله تعالى **فصل قال** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم
اى محمد ١٢ عينى
صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن
اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان
وصلية ١٢
من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع
اشترى ١٢
بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي
بعد البيع قبل القبض فللمشتري الخيار ١٢ — الرهن ١٢

(بقية ٥٥٠) وان ابى الراهن ان يفدي وقال المرتهن انا افدي بجميع الارض فدى وكان متطوعا لا يلحق الراهن
مما فدى منه شيء لانه متبرع بفداء ملك الغير ولم يكن مجبرا عليه كذا في المبسوط ١٢ الفتاوى العالمگيرية ص ٣٨٣ ج ٥

درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره

بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع

ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه

ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن

وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه

تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك بعد هلاك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها

مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان

هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض

وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك

اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل

يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما

ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه

في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب

الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما

الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر ولا

يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد

المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط

(ح) المرتهن ينفرد بفسخ الرهن والراهن لا ينفرد به حتى لو قال المرتهن فسخت الرهن ولم يرض الراهن هلك لا يسقط شيء من الدين وفي العكس يسقط بقدره كما في القنية وغيرها ١٢ رد المحتار ص ٥٢٠٣٧١

وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا
عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله
وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس **قال** وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين
عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف رح تجوز الزيادة
في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن
والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين
في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما
الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو
غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمس مائة من الدين جاز وان كان
الدين الفا وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم
اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول
يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها
خمس مائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة

كتاب الرهن

له قوله وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين الخ قد رجحت جمعية الحلبة قول ابي يوسف في المادة (٧١٤)

ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان
(اي وقتي قبضهما ١٢)
في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت
المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد
(من العبد والولد والجارية ١٢)
خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون
(راهن ١٢)
الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم
القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان
رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول
فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول
(المرتهن ١٢) (مرتهن ١٢)
لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض
القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه
(راهن ١٢)
لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد
(اي بالامانة ١٢) (الثاني ١٢)
المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على
(اي عن يد الضمان ١٢)
آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد
امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع
(في الجياد ١٢)
كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه
امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن
الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر

لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين
بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق
له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت
والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك
بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين
بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما
استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق
ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه
يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم
فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين
عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم
هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن
ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال
عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين
لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب

والمراد بيان قتل تعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما جرى مجرى
السلاح كالمحدد من الخشب وبطنة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد
ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب
ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الجزاء وهذه الآية وقد نطق به غير واحد
من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها
تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا
ان يعفوا الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية
الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير رضاه
القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه
ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من
الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح
للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة
صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك
ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في
الخطاء فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط
بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الادنى لا لعينها لدفع الاعلى ومن حكمه

حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله

ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو

قول الشافعي رحمه الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد

ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل

بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر

باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل

ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود

قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل

بالسوط والعصا الصغيرة **قال** وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في

الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية

وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في

ثلث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وتسليم صفة التغليظ

من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في

سقوط القصاص دون حرمان الميراث وما لك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه اسلفناه

قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو

آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك

(بقية ٥٥٦) لتغيير لفتن او فساد في الارض فكانما قتل الناس جميعا مد جعل قتل نفس واحدة كتخريب العالم
ان لو كان ذلك في وسع البشر وانما جعله كذلك لان الواحد يقوم مقام الجماعة في الدعاء الى الدين (بقية ٥٥٨)

الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية

وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل

فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع

الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف

ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص

لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجرى

مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب

كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه

سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا

يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا

ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو

ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا

الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس

يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما

بيناه واما حقن الدم على التابيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر

بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر
والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص
على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف
العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى
نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان
فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص
بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رح له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن
بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه
السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب
دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده
والعطف للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذلك
كفره باعث على الحرابة على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن
بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير
والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت في اولياء العصمة امتناع
القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده
وهو اطلاق حجة على مالك رح في قوله يقاد اذا ذبحه ولانه سبب لحياته فمن المحال ان يستحق به
افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه

كتاب الجنايات

المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا
الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت ام بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط
قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه
على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى
قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص
الا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا
تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به
السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب
التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله
القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا آتي في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء
فانه الولاء ان مات حرا او الملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى
زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على
التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا
يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى
فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا الا ان الظاهر الاختلاف
بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله
ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق

كتاب الجنايات

جلد ٤

البعض الدامات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن
اى عاجزا ١٢
في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن
لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا
قتل ولي المعتوه فلا يليه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لا مرا راجع اليها وهو تشفي
اى قريبه ١٢ ك
الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان
اب ١٢ اب ١٢ اب ١٢
فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع
معتوه ١٢ اى الاعرابي ابيه ١٢
ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا
اى القاتل ١٢ معتوه ١٢
الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي
محمد في الجامع الصغير ١٢
كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة
اى استيفاء القصاص ١٢ اى في الجامع الصغير ١٢
الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد
الوصي ١٢
الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما
عفو ١٢
فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في
عفو ١٢
النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك
اى الاستيفاء في الطرف ١٢
الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في
اى استيفاء القصاص في الاطراف ١٢
المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه
السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا
اى محمد في الجامع الصغير ١٢ عينى
القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم
يبلغ ١٢

كتاب الجنايات

له قوله فللكبار ان يقتلوا القاتل الخ الفتوى على قول ابي حنيفة رح لما علمت من صنيع الهداية حيث اخر دليله وايضا يعلم من صنيع صاحب ملتقى الابحر حيث قدم قوله وقال فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار خلافا لهما ١٢ ص ٦٢١ ج ٢

ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم
كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولَيَين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب
لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية
الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولَيَين ممنوعة

قال ومن ضرب رجلا بحجر فقتله فان اصابه بالحديد قُتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية
قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر
الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه
انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان
واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا
يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح على
ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رح وهي مسألة الموالاة له ان الموالاة في الضربات
الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب في لنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد
الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب او لعله اعتراه
القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة
للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالقى في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة وقالا
يقتص منه وهو قول الشافعي رح غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل
لهما قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولابي حنيفة

في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه دية كاملة
خطأ اثر ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة
عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين
ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر
لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة
اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة
وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب
فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف
اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا
قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطاء على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب
الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان
ابي حذيفة رض قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مخاطين فان
كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر
سواد قوم فهو منهم قال ومن نهش نفسه ونهشه رجل وعقره اسد واصابته حية
فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه
هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يؤثم عليه
وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رح يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رح يغسل

جلد ٤ كتاب الجنايات

له قوله ومن جرح رجلا عمدا الخ الا اذا وجد ما يقطعه نحو الرقبة والبرء منه ولو اشهد المجروح على نفسه ان فلانا لم يجرحني ثم مات فلا دعوى لورثته ١٢ ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر ص ٦٢٢ ج ٢

ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه
في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرًا مطلقًا وكان جنسًا آخر وفعل الآدمي معتبر في الدنيا
والآخرة فصارت ثلثة اجناس فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل
كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم **فصل** قال ومن شهر على المسلمين سيفًا
فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ
فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقًا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله
فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى
وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحًا ليلًا او نهارًا او شهر عليه
عصًا ليلًا في مصر او نهارًا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدًا فلا شيء عليه لما بينا
وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كان يلبث ولكن
في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا
قتله كان دمه هدرًا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال
وان شهر المجنون على غيره سلاحًا فقتله المشهور عليه عمدًا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان في الدابة ولا
يجب في الصبي والمجنون للشافعي رح انه قتله دافعًا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر
ولانه يصير محمولًا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف رح ان فعل الدابة غير معتبر
اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان

له قوله ومن شهر على المسلمين الخ ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شيء بقتله وكذا لك اذا شهر على رجل سلاحا فقتله او قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شيء ولا يختلف بين ان يكون بالليل او النهار في المصر او خارج المصر كذا في التبيين ١٢ الفتاوى العالمگيرية ص ٧ ج ٦

وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون
فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا
وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما لحقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما
بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر
فتجب الدية **قال** ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل
القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت
عصمته **قال** ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه
لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا
في الانتهاء وتأويل المسألة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص
وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان
منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة
قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع وان كانت
قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب يجعل للمرآة ويجعل
على وجهه قطن رطب ويقابل عين المرآة فيذهب ضوؤها وهو ماثور عن جماعة من الصحابة

له قوله وتأويل المسألة الخ واما انه لو صاح به يترك ما خذه ويذهب فلم يفعل هكذا ولكن قتله كان عليه القصاص كذا في العيني شرح الهداية والله اعلم ١٢ الفتاوى العالمكيرية ص ٦٠٧

رضي الله عنهم **قال** وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من
يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال** وفي كل شجة
تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه **قال** ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي
عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد
غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف
السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان **قال** وليس فيما دون
النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف
باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا
قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي
في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا
بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف
الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر
للتساوي بينهما في الارش **قال** ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ
فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي
الثاني الى الهلاك ظاهرا **قال** واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش

له قوله ولا قصاص في عظم الا في السن الخ كل قطع من مفصل ففيه القصاص في ذلك الموضع فاما كل قطع لا يكون من مفصل بل يكون بكسر العظم فانه لا يجب القصاص عنه ناكرا في المبسوط ١٢ الفتاوى العالمگيرية ص ٦٢٠٩

كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتحول بدون حقه وله ان يعدل الى العوض
كالمثلى اذا انصرم عن ايدى الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط
حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد ولو سقطت المؤقة قبل اختيار المجنى عليه او قطعت
ظلما فلا شئ له عندنا لان حقه متعين فى القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى
به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين
قرنيه وهى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته
يبتدئ من اى الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة
فيزداد الشين بزيادتها وفى استيفائه ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من
الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما فى الشلاء والصحيحة وفى عكسه يخير
ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى
تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص
فى اللسان ولا فى الذكر وعن ابى يوسف رح انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم
كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره
بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة
والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها

له قوله ولا فى الذكر الخ ولو قطع بعض الذكر فلا قصاص ولو قطع كل الذكر ذكر فى الاصل انه لا قصاص و
عن ابى يوسف ان فيه القصاص كذا فى الظهيرية والصحيح ظاهر الرواية كذا فى المضمرات ١٢
الفتاوى العالمگيرية ص ١٥ ج ٦

لانه يتعذر اعتبارها **فصل** **قال** واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط

القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية

على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم

الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا

فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي في القليل والكثير

فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا

حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر

والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد **قال** وان كان القاتل حرا وعبدا فامر

الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عنهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان

لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض

سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع

الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب

دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من

عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص

بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث ويثبت

بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط

عفوا او صلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف

ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف
القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا
لانه امتنع عمله راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه
ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين
وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض
بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف
وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص
من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق
التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة
فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط
حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف
الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته لان
الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في
الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله
الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح
صالح للانزهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي
لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات

جلد ٤ كتاب الجنايات

(ص ٥٨٠ فتح القدير ج ٥ ص ٤٠٠)

له قوله واذا قتل جماعة واحدا عمدا الخ وقد جاء في فتاوى ابن تيمية امثلة على هذه الحالات المختلفة نقتصر منها اذا اشترك جماعة في قتل معصوم (اي محرم القتل) بحيث انهم جميعا لو باشروا قتله وجب القود (القصاص) عليهم

سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف

الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص

على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يداهما والمفرض اذا الخذا

سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها

او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع

حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس

لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب جذا الفوت والاجتماع

على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحق الفوت

قال وعليهما نصف الدية لاندية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يمينه

رجلين فحضر اولياؤهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء

قطعها معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان

اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران

اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان

في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق

الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد

يمينهما على التعاقب فتستحق قيمته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان الحاضر استوفى

لثبوت حقه وترد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به

واحد والثاني يجب على الجميع وهو قول مالك وجاء في الفتاوى ايضا انه اذا اشترك اولاد رجل مع اجنبي
في قتل والدهم جاز قتلهم جميعا. فقتل المباشر باتفاق الائمة ١٢ التشريح الجنائي ص ١٢٧ ج ٢ -

حقًّا مستحقًّا **قال** واذا اقرّ العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي

حقّ المولى بالابطال فصار كما اذا اقرّ بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضرٌّ به فيقبل ولان

العبد مبقًى على اصل الحرية في حقّ الدم عملًا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص

وبطلان حقّ المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن رمى رجلًا عمدًا فنفذ السهم منه الى آخر

فاتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمدٌ والثاني احد نوعي

الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميًا والفعل يتعدد بتعدد الاثر **فصل قال** ومن

قطع يد رجل خطأً ثم قتله عمدًا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدًا ثم قتله خطأً او قطع يده خطأً

فبرأت يده ثم قتله خطأً او قطع يده عمدًا فبرأت ثم قتله عمدًا فانه يؤخذ بالامرين جميعًا

والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميمًا للاول لان القتل في الاعم يقع بسراية

متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كلّ واحد حكم

نفسه وقد تعذّر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل

البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان

الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدًا ثم قتله عمدًا قبل ان تبرأ يده فان شاء

الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا

تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما

للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان

يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ولان الحزّ يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من

شخصين يجب القود على الحازّ فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد

وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولا

الارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان

الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال ومن ضرب

رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى

معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فيبقى الاعتبار للعشرة وكذلك كل

جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله

حكومة عدل وعن محمد رح انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي

له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع

يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا

عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث

وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو

عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن

القطع عفو عن موجبه وموجب القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد

موجبيه ثم كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن

نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية الساريه والمقتصرة كذا هذا وله

ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله نصا لانه

عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب
ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب
الدية لان صورة العفو قد ورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان السراية نوع من القطع
وان السراية صفة له بل السراية قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا
فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما
يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى
العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو
من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق
الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق
الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث **قال** واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده
ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند
ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا
يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في
الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في
مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص
في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في
مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية

تقع للمقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر
ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس
تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا
شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها
على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا
تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها
على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر
فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ
يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من
الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع
عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة في وصية
لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط
وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد
لان العفو عن اليد عفو عما حدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن
قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت
قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف

العاقلة على القول المختار في الدية كما يأتي انشاء الله لكنه ليس على اطلاقه بل في العجم ولعله اطلاقه لاحالة
لمحله فليحفظ ١٢ ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر ص ٦٣١ ج ٢

من على القصاص وعن ابي يوسف ان يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد
ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين
انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به **قال** ومن قتل وليه عمدا فقطع يد
قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمن وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع
اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمن وكذا اذا سرى وما برأ او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز
رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن
الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب
القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا اسقط وجب المال وانما لا يجب في
الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس
ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك
لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين
كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته
قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما
بالكف فالكف تابعة لها غرضا في هذا الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه **قال** ومن له القصاص
في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس فمات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص

له قوله وقالا لا شيء عليه الخ وقوله وقالا لا يضمن الخ قلت وفي العشر مبلالية عن البرهان وهو اي قولهما
هو الاظهر فتدبر ١٢ ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر ص ٦٣٢ ج ٢ قد علمت ان لفظ الاظهر من الفاظ الفتوى ١٢

اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله
انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح
افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة ففي
المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا
كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه التزام
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد
البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون
لابيهما على آخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض
عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا
يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن
الباقين وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص
يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في
الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا
ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بحضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا
فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال لا يمكنه اثباته الا باثبات

كتاب الجنايات

له قوله فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح الخ واصل الاختلاف ان استيفاء حق القصاص حق الورثة عنده وحق
الميت عندهما وثمرة ما ذكره بقوله فلا يكون احدهم خصما عن البقية فيه بلا وكالة عنده ١٢ (بقية) (٥٧٧)

العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبدان رجلين قتل عمدا واحد
الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه **قال** فان كانت الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم
على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما
وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما
وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود
عليه وهو منكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية
معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل
وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما
العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف
اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلثي الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك
قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان
الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل
العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى
مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح **قال** واذا اختلف شاهدا
القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا
يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا
غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما

فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله

فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد **قال** وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله

ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف

الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب

اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليه واولى

كذا هو في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت

الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة **قال**

واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان

شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل

ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجوب كل القتل ووجوب

القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان

تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود

له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق

الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية

عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن

مسائل هذا الباب ١٢ (ملتقى الابحر) وانما عدل ابو يوسف ومحمد رح عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له بالردة على ما بيناه ١٢ مجمع الانهر ص ٦٣٦ ج ٢

موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل
منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل
حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت
والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد
موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان
رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح
عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح له ان
العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه
بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك وله انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه
يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة البداية
اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا
يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رح وان كان يخالفنا في
وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم
فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الراجع لان المعتبر حالة
الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد

جلد ١٢ كتاب الجنايات

له قوله وقول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح الخ وفي الشرنبلالية عن البرهان و
عن ابي يوسف رح كمحمد رح ١٢ ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر ص ٦ ج ٢

لم يوكل وان رماه وهو مسلم ثم تجسس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة
اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت
الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان
الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي
الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات
قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام
شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف
بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف
ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن
لانه لم تعرف حياته وسلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية عند ابي حنيفة
وابي يوسف مائة من الابل اربعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رح اثلاثا ثلثون جذعة
وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل
خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن
عمر وزيد رض ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما

له قوله كتاب الديات الخ اعلم بان القتل بغير حق من اعظم الجنايات بعد الاشراك بالله تعالى قال الله تعالى من اجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد في الارض فكانما قتل الناس

قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود قال بالتغليظ اربا عا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها ولهما ان التقدير انما يستقيم بشيء مطلق المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها

كتاب الديات

قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود قال بالتغليظ اربا عا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها ولهما ان التقدير انما يستقيم بشيء مطلق المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها

وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رح ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رح لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم فصل فيما دون النفس قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روي سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت

(بقية ٥٨١) فيدل ان يدخل الجاهلية ويدل قتل في الحرم وقال في خطبته يوم النحر ان دماءكم وفي الاسلام ان الدية مائة من الابل وفي الجاهلية ... الجاهلية

كتاب الديات

تال النبي صلى الله عليه وسلم لا يرحم فدفن بعد موته فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض فقال اما انها لتقبل من هو اعظم جرما منه ولكن الله تعالى اراكم حرمة القتل ودفن قتل النفس (بقية ٥٨٣)

جنس منفعته على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلاف
النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة
فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة
لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا
اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضها اذا منع الكلام لتفوت
منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد
الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها يجب
حكومة لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه
لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول
والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاغلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة
لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا
ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك الذي به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب
سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله
عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية
اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك
وهو قول الشافعي رح تجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس

(بقية ٥٨٣) افسادا للعالم ونقض البنية وخلل هذا الفساد من اعظم الجنايات ويعلوم ان الجاني ماخوذ عن الجناية
الا انه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد في الآخرة ما انزجر الا اقل القليل فان اكثر الناس (بقية ٥٨٤)

كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد
نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين
الشاخصين وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر
الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رح انه يجب فيها
كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف
الحر قال وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية
الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقها لان وجوده يشينه ولا يزينه
وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل
لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال
وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر
الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رح انه لا يجب
شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب
حكومة عدل لانه في غيرا وانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا المجهول
وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب
حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين
الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد
ابن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف

(لقية ٥٨٣) انما يزجرون مخافة العاجلة بالعقوبة وذلك بما يكون متلفا للجاني او مجحفا به فشرع الله
القصاص والدية لتحقق معنى الزجر وهذا الكتاب لبيان ذلك وقد سماه محمد رحمه الله تعالى كتاب الديات
لان وجوب الدية بالقتل اعم من وجوب القصاص فان الدية تجب في الخطاء وفي شبه العمد (لقية ٥٨٥)

الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية
ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية
وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قال** وفي ثديي المرأة الدية لما فيه
من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بيّنا بخلاف ثديي الرجل حيث
تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات
جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بيّناه **قال** وفي اشفار العينين
الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد
في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال
على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب
واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها
ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون
باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة **قال**
وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر
من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم
الدية عليها **قال** والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة
فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع
كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا

قال وفي كل اصبع فيها ثلث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان فففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو التأم الحدبة لا شيء عليه لزوالها عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي

السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح
وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه
اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بميسار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك
فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل
لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما روي عن النخعي
وعمر بن عبد العزيز رح قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر
الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية
فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان
النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر
وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن
ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا
نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل
جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة
قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروي عن ابي يوسف رح
وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي
التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة
يحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس

يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا
يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما
يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص
بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه
وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه
مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير
فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف
البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم
وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر
الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب
بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع اليد
نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه
السلام وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش
بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل
وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والفخذ
لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على

تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل
الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا
ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها
اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير
لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد
اصل من وجه فرجحنا بالكثرة ولنا ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش
يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم
اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء
في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع
قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده لكن لا
منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا
لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه
قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب
الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان
المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو
مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على

(بقية ٥٨٨) باربع من الابل وانما يحمل على ان ذالك كان مقدار حكومة عدل ثم اختلف المتاخرون من مشايخنا رحمهم الله
في معرفة حكومة العدل فقال الطحاوي السبيل في ذالك ان يقوم لو كان مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم مع (بقيه ٥٩٠)

النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ **قال** ومن شج رجلا فذهب عقله

او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء

فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية

بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت

يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات

وجوابه ما ذكرنا **قال** وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية

قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رح ان الشجة تدخل في دية

السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس

والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى

جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر

فلا يلحق به **قال** وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص

في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا

وينبغي ان تجب الدية في العينين **قال** وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما

بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل

الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي

ان تجب الدية في السن كله ولو قال قطع المفصل واترك ما يليه واكسر القدر المكسور واترك الباقي

لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شج منقلة فقال اشجه موضحة واترك

الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما
لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتل يجب القود
في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه السارى فيجب المال
ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما
بالاخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية
صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا **قال** وان قطع اصبعا
فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا وزفر والحسن رح
يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة
عن محمد في المسألة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل
بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل
لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى
ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور
ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجودة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة **قال** ولو كسر بعض
السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة رح ولو اوضح موضحتين فتآكلتا
فهو على الروايتين هاتين **قال** ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في
قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة

(بقية ٥٩٠) نقصان القيمة بالشجاج التي قبل الموضحة اكثر من نصف العشر فيؤدي هذا القول الى ان يوجب في الشجاج من الدية فوق ما اوجبه الشرع في الموضحة وذا لا يجوز ولكن الصحيح ان ينظر كم مقدار هذه الشجة من نصف عشر الدية فيجب بقدره

من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنًى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب
الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان
الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش
بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها
لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن
الاول فعلى الاول لصاحبه خمس مائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب
فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني
حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق
فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت
تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال
ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم
جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب
ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا
حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل
الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب في عن ابي يوسف انه تجب
حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش

له قوله ولو ضرب انسان سن انسان الخ ولو ضرب سن انسان فتحرك ناجل فان اخضر او احمر تجب دية السن خمسمائة وان اصفر اختلف المشائخ فيه والصحيح انه لا يجب عليه شيء وان اسود تجب (بقية ٥٩٣)

في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكن ان يضربه ضربا تسود منه
وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر **قال** ومن شج
رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال
الشين الموجب وقال ابو يوسف رح يجب عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين
ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب وثمن الدواء
لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان
ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق
الجاني فلا يغرم شيئا **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش
الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة
قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجنايتين
جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانما بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس
كانه قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح
يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا
قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان
حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء **قال**
وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله
عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب

بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع **قال** واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصوره ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة **قال** وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمس مائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحجب عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاتى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا

(مهمة) حكومة العدل ان كانت دون ارش الموضحة او مثل ارش الموضحة لا تتحمله العاقلة وان كانت اكثر من ذلك بيقين فالرواية عن اصحابنا رحمهم الله تعالى وقد اختلف فيه المتأخرون قال شيخ الاسلام الصحيح انه انه لا تتحمله العاقلة كذا في التتارخانية ۱۲ رد المحتار ص ۴۱۶ ج ۵

من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم **فصل**
اى اكفلوف لازم نميشود ١٢ اى پوشيده ١٢ گناه نيست كه پوشيده كرده اصبى والمجنون ١٢

في الجنين **قال** واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية
اى القدورى ١٢ عينى — امرأة بطن — اى نصف

قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمس
اى الصنف ١٢ عينى — اى معنى قوله نصف عشر الدية ١٢ ع — غرة الرجل المرأة وغرة

مائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
اى الظاهر ان يكون حيا ١٢

وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة
بدل من غرة ١٢

قيمته خمس مائة وروي او خمس مائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بست
اى هذا الحديث ١٢ — غرة ١٢

مائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمس مائة درهم وقال مالك
اى الطاهر — يحمل الدية — النفس ١٢

في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس
رواه ابو داود في سننه عن المغيرة بن شعبة ١٢ على قارى — نصار كقطع اصبع من اصابعه ١٢ ع

ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا انؤدي من لا صاح ولا استهل الحديث الا
اى التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة ١٢ — اى ديت بدهيم ١٢ — آيا ادا كنيم كسى كه آواز نكرده است ١٢

ان العواقل لا تعقل ما دون خمس مائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل
عقل القتيل ديت داد كشته را ١٢ من — سنين ١٢

النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رح انه قال بلغنا ان رسول
لا ورثة المرأة ١٢ اعلى — اورده على القارى في شرح النقاية ١٢

الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس
جنين ١٢ — الغرة ١٢ — الغرة ١٢

على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني
اى اعتبرنا الشبه الاول ١٢ — ان كان بدل النفس ١٢

في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة
العشر الاقل اكثر بود — اقل بود اى بالنصب على البدل من اقل ١٢ ع اى بدل عضو

بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى
لاطلاق ما روينا ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين
اى في المالكية ١٢ ك

فيقدر بمقدار واحد وهو خمس مائة فان القت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب
دية ١٢ — ضارب ١٢ — على الام ١٢

عم في المالكية فان الذكر مالك مالا وذكا حاد الانثى مالكة مالا الانكاء فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمس مائة ١٢ عنا

له قوله فصل في الجنين الخ اذا ضرب الرجل بطن المرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد او امة لعول (بقية ٥٩٦)

السابق وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه
السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد
ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت
ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة في الجنين لان الظاهر
موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق
بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك **قال** وما يجب في الجنين موروث عنه
لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا
فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل **قال** وفي
جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رح
فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل ولنا
انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان من الاصل ولا معتبر به في
ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رح يجب ضمان النقصان لو انتقصت
الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما
نذكر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على اصله **قال** فان ضربت فاعتق المولى ما في
بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله
بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا
لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند

الصلوة والسلام امتي من مجلون يوم القيامة وعند بعضهم الغرة الجيد يقال هو
غرة القبيلة اي كبيرها وعلمها والغرة عند بعض اهل اللغة الملوك الاسيفن ...
ومنه غرة الفرس وهو البياض الذي على جبهته (جنينه) ومنه قوله عليه
السلام اما ان لا يجب فيه شيء لانه لم تعرف حياته (نعل القتل لا يتحقق الا في محل هو حي) والضمان بالشك لا يجب ولا يقال
الظاهر انه حي او معد للحياة لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق (بقية ٥٩٧)

مجهدة تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية

على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رح

تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد

عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الان يشاء

ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع

والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام

لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا

في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض

الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض

كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيره فيه شيئا فكذا في الحق

المشترك **قال** ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان لحق المرور

ضررا فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه

السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام **قال** وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ

ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا

يجوز التصرف فيها بغير اذنهم او لم يضر الا باذنهم في الطريق النافذ لانه التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن

الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع

ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما

قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على

عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل

وكذلك اذا اسقط شيئا مما ذكرنا في ولا لباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به

دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه

يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا

فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان

خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه

ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصاب

الطرفان جميعا وعلى ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان

ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق

ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ

اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ

بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمن لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى

موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمن لفسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن لانه فعله مع علمه

بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رجلا لبناء الدار العامة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل

انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل
مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير
داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على
رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا
فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمن وكذا اذا اصب الماء في الطريق لتطيب
به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما
اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان
يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث
يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن
ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش
بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع
علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في
الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعا او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان
ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد
فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق
فالضمان على الاجير لفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف
بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد

(بقيه ٥٩٨) حديث حمل بن مالك كما روينا وروى عمر رضي الله تعالى عنه خوصم اليه في املاص المرأة فقال
انشدكم بالله هل سمع احد منكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئا فقام المغيرة بن شعبة وروى
حديث الضرتين فقال عمر من يشهد معك فشهد معه محمد بن سلمة بمثل ذلك فقال عمر رضي الله تعالى عنه *

منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ
الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب به موضع
كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى
عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله
ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه
لان حكم فعله قد انتسخ بفراغ باشغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي
الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره
عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان
كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام او هو مباح
مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا
اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء
مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان
كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا اصح ولو حفر في الطريق
ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه
والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر
ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه

كتاب الديات

لـ قوله لا ضمان على الحافر الخ المفتى على قول ابي حنيفة كما اشار اليه صاحب ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر حيث قال والفتوى على قول الامام كما في القهستاني عن الخلاصة ١٢ ص ٦٥٣ ج ٢

كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه **قال** وان استاجر
الاجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها
في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن
المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع
للمغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد
والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره
بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فناي وليس لي فيه حق
الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما
غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق
يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان
فكان الامر بالحفر فيه كالامر بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن
جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة و
كذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني
تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة
كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو
ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ

يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشئ قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف
السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا
مطلقا وعن محمد رح انه اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال
واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب
به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما اذا فعل باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رح وهو الفرق ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار
الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل
غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ
الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال واذا جلس فيه
رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة
او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على
هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكن اداء الصلوة بالجماعة
الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما
بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من

لـه قوله وقالا لا يضمن في الوجهين الخ وقوله وقالا لا يضمن على كل حال الخ الفتوى على قولهما كما اشار اليه صاحب ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر حيث قال في المسئلة الاولى خلافهما فقالا لا ضمان (بقية ٦٠٣)

اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا
بين الموضوع الاصلي وما الحق به ١٢ ع — اي الصلوة ١٢

بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة
اي لا عجب ١٢ من — حالية ١٢

كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم
فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان
اي بايمه وتكبير خفق مباح است بشرط السلامة ١٢

ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل
المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده **فصل** في الحائط المائل **قال** واذا
هو غير متعد ١٢

مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر
اي على الطلب ١٢

على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة
اي شيء بيع جدار ١٢ — وبه اخذ الشافعي رح ١٢ ع

ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من
اي بمالك ١٢

فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء
اي بمالك ١٢

طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار
اي رفع الشغل ١٢

متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب
اي برفع ١٢ حتى يضمن اذا هلك في يده ١٢

به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه
الواقع في حجره ١٢

الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر
العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل
اي بسبب الحائط ١٢ — اي ضرر عام بمالك ١٢

لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية
اي ضرر ١٢

دون الخطأ فيستحق التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به
١٢

(بقية ٦٠٢) وبه قالت الائمة الثلاثة وبه يفتي كما في المنح نبلالية
عن البرهان عن الذخيرة والثانية ... ثم نقل عن الزيلعي ÷

و ماتلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال

والشرط التقدم اليه طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته

عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد

تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يبني الحائط لانعدام

التعدي **قال** ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير

اشهاد لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح **قال** وتقبل شهادة رجلين او

رجل وامرأتين على التقدم لان هذا ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر

على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه

بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم

رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة

بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة

لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة

بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها

او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم

بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق

لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها

المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف

جلد ٤ كتاب الديات

له قوله والشرط التقدم اليه الخ ولتتمة اصحة التقدم والطلب ان يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من سكن الدار باجارة واعارة فلم ينقض الحائط حتى سقط على انسان الضمان على احد كذا في الذخيرة ١٢ فتاوى هندية ص ٦٠٣٧

اشراع الجناح لانه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان
على المشتري لانه لم يشهد عليه فلو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه
بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء
ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح
التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه
في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء
كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية
النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة
المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح
التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من
اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد
الاشهاد فقتل فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عند الى الاولياء لا اليه
وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على
النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بحجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه
وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال
واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون
ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بيرا والحفر كان بغير رضا

(فرع) حائطان احدهما مائل والآخر صحيح فاشهد على المائل فسقط الصحيح فاتلف شيئا كان هدرا خانية ١٢
الدر المختار على هامش رد المحتار ص ٥٣٤٢٦

الشريكين الآخرين او في حائطاً فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا
اي على كل واحد من حافر البير وباني الحائط ١٢ ع
عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بتصيب
من اشهد عليه معتبر وبتصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين
الضمان ١٢
كما لو في عقر الاسد ونهس الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو
فالواجب القسم على رؤس المقتل وغيره ١٢ نهس گزيدن ١٢ م
الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء
اي في الحائط ١٢ ع اي في البير ١٢ ع اي اصل الثقل والعمق ١٢ ع
علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر
اي اذا ثبت ان العلة واحدة ١٢ الموت ١٢
الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما
اي جراحة عقر الاسد ونهس الحية وجرح الرجل ١٢
عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما وطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت
بدل من قوله ما وطأت الدابة ١٢ ع
او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق
صدم بالفتح كوفتن ١٢ م نفحت زد ١٢ ع الامر الكلي ١٢
المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
الايه ١٢ ع
لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين
ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه
من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن
تصرف ١٢ من الكدم والخبط ونحوهما ١٢
فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس بممكن الاحتراز
تسيير ١٢
عنه مع السير على الدابة فلم نقيده لا كان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكن التحرز عن الايقاف
اي بالسلامة عن النفحة بالرجل والذنب ١٢

كتاب الديات

له قوله باب جناية البهيمة والجناية عليها الخ يجب ان يعلم بان جناية الدابة لا تخلو من ثلاثة اوجه اما ان تكون في ملك صاحب الدابة او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحب الدابة ولم يكن صاحبها معها (بقية ٦٠٧)

وان لم يمكن عن النفحة فصار متعديا في الايقاف في شغل الطريق فيضمنه **قال** وان اصابت
بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد
ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب
لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب وللراكب
فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب
به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكن الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك
لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او
بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة
من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها
والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا
ذكره القدوري رح في مختصره واليه مال بعض المشايخ رح ووجهه ان النفحة بمرأى عين
السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق
لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف
الكدم لامكان كبحها بلجامها وهذا ينطبق اكثر النسخ وهو الاصح قال الشافعي رح يضمنون النفحة
كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة
بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكرة وهذا تخويف بالضرب في الجامع الصغير وكل شيء
ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى

بقيه ٦٠٦ فانه للضيف صاحبها واتفقا كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها او برجلها او نفحت بيدها او
برجلها او ضربت بذنبها او كدمت وان كان صاحبها معها ان كان قائدها او سائقها فكذا الضيف #

كتاب الديات

مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب
الكفارة فيما اوطأت الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء
الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع لان سير الدابة مضاف اليه
وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة
حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية
دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق
ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر
اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا
فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل واحد منهما
نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعل
فعل صاحبه لانه بصدمته الم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان
الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفر على قارعة الطريق
بيرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل
صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان
كالماشي اذا لم يعلم بالبير ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه فعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب
للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت
روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا

كتاب الديات

حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا
وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك
بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول
قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة
لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا
بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على
عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي
المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته لا قدر ما اخلف من
البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا
على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع
بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولا مقصر
لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر. قيل فيقيد بشرط السلامة
قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطأ فان وطئ بعيره انسانا ضمن به الدية على العاقلة
لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه
والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان
المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه
لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد

جلد ٤ كتاب الديات

له قوله ومن ساق دابة الخ رجل ارسل كلبا الى شاة ان وقف ثم ذهب وقتل الشاة لا يضمن وان ذهب في
فور الارسال وقتل الشاة ذكر في الجامع الصغير انه لا يضمن اذا لم يكن سائقا يعني اذا لم يكن خلفه هكذا
(تقبة ٦١٠)

يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق
لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا
يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره
فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على
عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء كل
منهما مستبد لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون
الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ
من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد
لانه قاد بعيرا غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل
بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها ضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق
قال ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر
سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له
سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد قتله حل وجد الفرق
ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة
الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له
سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رح انه اوجب الضمان في هذا كله
احتياطا صيانة لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في

(بقية ٦٠٩) ذكر القدوري وعن ابي يوسف رح انه يكون ضامنا والمشايخ اخذوا بقوله وذكر الفقيه ابو الليث رح
في شرح الجامع الصغير رجل ارسل كلبا فاصاب في فوره انسانا فقتله او مزق ثيابه ضمن المرسل وذكر
(بقية ٦١١)

طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت
تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق
آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت
فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكن من الصيد وهذا تنافي
مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا
او مالا في فوره لا يضمن من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعدٍ
فيضمن ما تولد منها اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قال

ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان فالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن
لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه
السلام جرح العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يجب
النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فكسرت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود
منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار
والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه
السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد
سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك
للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في ايجاب الربع بالشبه
الآخر في النصف ولانا لما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات

اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها **قال** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل

او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس

يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن والنخس هو اذن كان سائقا ١٢ع — الصدم ان تذهب الشيء بجبهته ١٢ك

دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان

بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في

تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان

اي فاترجح جانبه في التغريم لان الترجيح بسبب الاعتبار ١٢ع

واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف

ايضا **قال** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت بالنخس ١٢

الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة

قال ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بينا

وثب بالجيم ١٢م

والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس و

في رواية ابن سماعة ١٢

الراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب

الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان

عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر

قال ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما

نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف

اليهما والاذن يتناول فعل السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه

والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير السير

كتاب الديات

علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على
قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا
هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو
الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك
على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر
لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع
على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم
يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال

ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فرس الناخس
وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس ان كان عبدا فالضمان في
رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مواخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت
انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي
جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يفدي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد
العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم لان الاصل في موجب الجناية ان
يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندنا

لـ قوله جناية المملوك الخ ولقائل ان يقول انه ما وفى الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي
منه جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان

بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه
كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني
تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة
الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا
النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في
ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه
يتخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان
الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له
حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر
استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه
بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب
عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء
فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع
فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه
حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما
بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى
قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى معناه بعد

(بقية ٦١٣) جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب
اخره لاختلاط المملوك رتبة من المالك، اعلم انهم اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها الارش (بقية ٦١٥)

الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جناية قال و

ان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما

واما ان تفديه بارش كل واحدة منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية

بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه

الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا

جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم

لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من

ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم

مقدارها تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة

بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق

متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق

في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان

اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا

يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من

الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد

لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية

فان المقر له يخاطب بالدفع اليه فيبقى نقل الملك بجواز ان يكون الامر كما قاله المقر له الكرخي بالبيع

(بقية ٦١٤) لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الواجب الاصلي غيره لما برئ بهلاكه لانه يفوت به الدفع

واخوانه لانه ملكه في الظاهر فيستحق المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في
الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار
للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على
البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال
بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا
ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه
بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق
المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان
عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما
قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه
لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار
الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن
لا يفوت الدفع ولا ينقطع الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين تعلق من جهة
المولى فيلزم المولى قيمته **قال** ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر
فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا
عالم به بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط
ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه ولنا

انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد
الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ايلاء من وقت
الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك
المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او
عتق يمكن الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكن الامتناع عنه ولانه حرضه
على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من
اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا
عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن
المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب
وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما
اذا طلق المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على
تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا نص
عليه ورضي المولى يصح قد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون راضيا بكونه عوضا عن
الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول
وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيارهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد

له قوله ووجه ذلك وهو انه الخ قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين
ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا
وسماه صلحا بناء عليه ما اختاره بعض المشائخ ان الموجب الاصلي (بقية ٦١٨)

رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتق المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يورث اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل

قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلة الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر ان فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها

استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى
لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف
الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك
الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد
والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت
اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر الضمان
لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في
جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال المبالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي
او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول
قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها
وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها
لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى
وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها
وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا
يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت قال المقر له
لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له لانه لما اسنده الى حالة منافية

(بقية ٦١٨) لسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على
البناء على خلاف ما اختاره وصححه لنفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشائخنا *

للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مدبونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن
بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها
وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

قال واذا امر العبد المجني عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية
لانه هو القاتل حقيقة وعمدا وخطأ سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان
الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما
ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ايضا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار
لحق المولى وقد زال لانتقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية **قال** وكذلك
ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا مجنيا عليهما يخاطب مولى القاتل
بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء
وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا و
العبد القاتل صغيرا لان عمد الصغير خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص بحرمانه بين الحر و
العبد **قال** واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل
واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما
عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب الى الانصار كما لو وجب المال من
الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافين وهو النصف
وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه

بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من ولي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ لانه لما
انقلب العمد لا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد ولي العمد في نصفها
خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه فعا اليهم اثلاثا ثلثاه
لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلثة
ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف
لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا
يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة
اصلا لتركة المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة
نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي
قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه
الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وذكر
في بعض النسخ قول محمد رح مع ابي حنيفة رح وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان
فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح الجواب فيه كالجواب
في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رح ان حق القصاص ثبت في
العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما
انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في
نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان

كتاب الديات

في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او
افتداء بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى
منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى
يستوجب على عبده دينا فلا تخلف الورثة فيه **فصل** ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا
تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف
الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون
الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغ بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب
للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض ينفسخ العقد
وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح
قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية
ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاها فيجب
اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ
الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائت حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن
القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية
الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة
آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعين العشرة

بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة
الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصف فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا
لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد
كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت
في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع
يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه
والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا قصاص في ذلك
وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص
في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت
الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة
فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل
الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما
الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهو اذا لم
يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لان الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء
على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحاط فيه كما اذا قال الآخر بعتني هذه الجارية بكذا
فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية
والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص لهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقتضي له

(بقية ٦٢٢) اربعا وكانت القسمة لطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت
لصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تصير في الحقين على وجه الكمال وما ثبت هذا #

معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه على اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه في من له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رح يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح في الثاني **قال** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشها للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقها وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا الولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدره

(بقية ٦٢٣) في مسئلتنا فخذ ٥ ثلاثة ارباع العبد المدعى له لولي الخطاء وربعه للسادات من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وبقي النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر وثبوت منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الغصوبين ١٢ تكملة

كتاب الديات

الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد

اي فبقي العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس ١٢

فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند

ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ

قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت

المولى ١٢ المولى ١٢

فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة

اي الجثة ١٢ المولى ١٢ اي يضمن قاطع للمقطوع ما فاته ١٢

في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا

اي من حيث ادميت

كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان

اي الاطراف ١٢

يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما

اي من فقأ ١٢ عبده ١٢ اي ان قاطع

اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك

الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما

حتى يصير بمنزلة اتلاف الجنس ١٢

ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال

فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء

امسك الثوب وضمنه النقصان وكذا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير

رصلية ١٢

مهدرة فيه في الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء

وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى

اي المولى

ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة

اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والطرف الفائت ١٢ اي عبده ١٢ الفائت ١٢ عبده ١٢

فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فصل في جناية المدبر وام الولد قال

اي من حيث ادميت ١٢

له قوله ولا شيء له من النقصان الخ الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما علمت من صنيع الهداية حيث اخر دليله والجاء رجحه صاحب مجمع الانهر وقال وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط ١٢ مجمع الانهر ص ٦٧٤ ج ٢

واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها المروي عن ابي عبيدة
رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير
او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما
يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى
في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختيار الاقل
لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء
وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة
واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون
بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت
يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء
عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالمولى بالخيار ان
شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على
المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار
كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رح ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا
وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه
ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية
الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطال ما تعلق به من حق ولي الثانية

عملاً بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان
الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام
الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا
اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان
موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته مقطوع
وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب
قاطع للسراية لانه سبب الهلاك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته مقطوعا ولم يوجد
القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير
مسترد اكيف وان استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب
العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ
بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان
يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها وتكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال وجميع
المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا

له قوله باب غصب العبد والمدبر والصبي الخ قال في النهاية لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه

استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك
على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلمه له
الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا
يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما
ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة
الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه
يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان
جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع
بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية
الثانية اذ كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا
بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول و
يرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة
فيسلمه له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف
قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في
هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة

(بقية ٦٢٧) فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكره في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه او الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية (بقية ٦٢٩)

كتاب الديات

بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب

فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما

انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده

ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف

لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالاولى وقيل على

الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية

الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسألة فيمكن ان يجعل

عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب

صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهسته حية فعلى

عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي

لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان

الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف

وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق

والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي

فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف

الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه

الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا

قال واذا أودع صبي عبدًا فقتله فعلى عاقلته الدية وان أودع طعامًا فأكله لم يضمن

وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن في الوجهين جميعًا وعلى هذا

اذا أودع العبد المحجور عليه مالًا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة

ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رح يؤاخذ به في الحال وعلى

هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع الصغير صبي

قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنى عشرة سنة وهذا يدل على

ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالًا

متقومًا معصومًا حقًا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدًا وكما اذا اتلفه غير

الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالًا غير معصوم فلا يجب الضمان

كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقًا له وقد فوتها على نفسه حيث

وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقًا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا

اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له

لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدًا لان عصمته لحقه اذ

هو مبني على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه

سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره

قال وان استهلك مالًا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ

بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله اعلم بالصواب

جلد ٣ كتاب الديات

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم
اي القدوري ١٢ عيني

الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف
الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ
اي اولياء القتيل ١٢ اي ان حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه ١٢ كافي

وقال مالك رح يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي رح
واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد
كالدم ١٢ ك كه شمشير آن خون آلوده باشد ١٢ ترجمه
للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان
لم يكن الظاهر شاهدا فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي
اي مذهب الشافعي رح ١٢
فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رح في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء
اذا كان الظاهر شاهدا ١٢ اهل محلة ١٢
فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على
كذا في الكتب الستة ١٢
صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
اي الشافعي رح ١٢ يمين ١٢
غير ان هذا دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه
ان يستحلف ١٢ الولي
وروى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم
اورده في مسند البزار ١٢ علي قاري وكلمة قسامة حسين ١٢ علي قاري
لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق
لفظ اظهرهم مقحم والمقصود بينهم ١٢
ولهذا لا يستحق بيمين المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم
مني ١٢
الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه

كتاب الديات

١ قوله باب القسامة الخ روى هذا احاديث مشهورة منها حديث سهل بن ابي حثمة ان عبد الله بن سهل و عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا الى خيبر وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا (بقية ٦٣٢)

بالقتل أو صالح أهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون يعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما

يمين الطالب ولو اختار الاعمى او محدود في قذف جاز لانه يمين وليس شهادة قال فاذا حلفوا قضى على اهل

المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث

عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا

للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية و

القسامة في حديث سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه

بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص

والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب باليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل

شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت

البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين

اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين

حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف

النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط

ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا

باعيانهم والدعوى في العمد والخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم

انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط

كتاب الديات

(بقية ٦٣١) في قلب من قلب خيبر فتشحط في دمه فاتى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره له فقال عليه السلام تحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا كيف نحلف على ما لم نعاين ولم نشاهد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحلف لكم يهود اي من اهل الصدقة اليهود اي جماعة اليهود اي تبرئكم

لـه وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال عليه الصلوة والسلام الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة ومحيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك فقال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال تبرئكم اليهود (بقية ٦٣٣)

وعن ابی یوسف فی غیر روایة الاصول ان فی القیاس تسقط القسامة والدیة عن الباقین من اهل المحلة ویقال للولی الک بینة فان قال لا یستحلف المدعی علیه علی قتله یمینا واحدة ووجهه ان القیاس یاباه لاحتمال وجود القتل من غیرهم وانما عرف بالنص فیما اذا کان فی مکان ینسب الی المدعی علیهم والمدعی یدعی القتل علیهم وفیما وراءه بقی علی اصل القیاس وصار کما اذا ادعی القتل علی واحد من غیرهم وفی الاستحسان تجب القسامة والدیة علی اهل المحلة لانه لا فصل فی اطلاق النصوص بین دعوی ودعوی فنوجبه بالنص لا بالقیاس بخلاف ما اذا ادعی علی واحد من غیرهم لانه لیس فیه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقیاس وهو ممتنع ثم حکم ذلک ان یثبت ما ادعاه اذا کان له بینة وان لم یکن استحلف یمینا واحدة لانه لیس بقسامة لانعدام النص وامتناع القیاس ثم ان حلف برئ وان نکل والدعوی فی المال ثبت به وان کان فی القصاص فهو علی اختلاف مضی فی کتاب الدعوی **قال** وان لم تکمل اهل المحلة کررت الایمان علیهم حتی یتم خمسین لما روی ان عمر رضی الله عنه لما قضی فی القسامة وافی الیه تسعة واربعون رجلا فکرر الیمین علی رجل منهم حتی تمت خمسین ثم قضی بالدیة وعن شریح والنخعی رضی الله عنهما مثل ذلک ولان الخمسین واجب السنة فیجب اتمامها ما امکن ولا یطلب فیه الوقوف علی الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فیه استعظام امر الدم فان کان العدد کاملا فاراد الولی ان یکرر علی احدهم فلیس له ذلک لان المصیر الی التکرار ضرورة الاکمال **قال** ولا قسامة علی صبی ولا مجنون لانهما لیسا من اهل القول الصحیح والیمین قول صحیح **قال** ولا امرأة ولا عبد لانهما لیسا من اهل النصرة والیمین علی اهلها **قال** وان وجد

ميتاً لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته
بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من ان يكون به اثر يستدل به على كونه
قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه
او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره
او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو
وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصف مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس
او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به
في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا يلحق به
فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة
ولا تتوالبان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة
لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه فصار
الجنازة فهذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب
فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة
والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه
ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل

(بقية ٦٣٣) من اهل الحديث ارهم سهل بن ابي حثمة ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحلفون و
تستحقون دم صاحبكم ولو ثبت فانما قال ذلك على طريق الانكار عليهم لا على طريق الامر لهم فانه لو كان على سبيل الامر
لكان فيقول اتحلفون فتستحقون دم صاحبكم فاما قوله اتحلفون وتستحقون فعلى سبيل الانكار *

كتاب الديات

* قوله فان قيل اذا قرن الذكر الانثى من العاقلين ورد بدون ما خلق لكم ربكم من ازواجكم الآية ١٢ البحر والشمس الائمة السرخسي ص ١٠٩ ج ٢٤

المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا
فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان مرت دابة بين
قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين
فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة
وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة
قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه
الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا تدخل السكان
في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم
جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل
القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة
البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم
فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان ياخذ
منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية
الحفظ وهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما
ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل

جلد
كتاب
الديات

وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان

بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم

فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا

وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا

حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة

ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اختص به من غيره فلا

يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة

البقعة كما لزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال فان وجد القتيل في دار مشتركة

نصفها لرجل وعشرها لرجل والاخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم

صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس

قال ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان

في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي لا خيار له وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن

فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه

انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد

بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في

البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة

على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقتدر بالملك

كتاب الديات

بدون اليد في الهبات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري وفيه الخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار
للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ

قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي
في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا
على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة
به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة
على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب
الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يملكها المالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة
وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر
فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف الحجلة والدار لانهما لا تنقل قال وان وجد في مسجد
محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور
للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند
ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي
بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى
قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر

له قوله وعند ابي يوسف تجب على السكان الخ سواء كان ملاكا او غير ملاك قال صاحب التسهيل اقول ينبغي
ان يشارك الملاك السكان عند ابي يوسف كما في مسئلة الدار ١٢ مجمع الانهر ص ٦٨٤ ج ٢

ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم
ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنم يعود اليهم فغرمهم راجع
عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف
قال وان وجد في بزية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت
لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحق الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير فهذا اذا لم تكن
مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على
اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد
ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على
التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد
من هو بقربه الا ترى انهم يستقون من الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي
يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم
قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد
ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت
عنهم ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل
منهم فتعيينه واحدا منهم ينافي ابتداء الامر انه منهم خلافا لادعائه من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم
وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة
لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه

(ع) قوله ان القاتل ليس منهم لان ان يحمى ذلك الموضع بغير رضاهم واما اذا لم يسم فهذا الصوت الواقع في البرية فيعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب عليه شيء ولا يوصف اهل القرية بالتقصير ١٢

مجمع الانهر ص ٦٨٥ ج ٢

عليهم وسقط لفقد شرطه **قال** واذا التقى قوم بالسيوف فانجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة

الغرامة ١٢ دعوى الولي ١٢ اي محمد ١٢ عيني اي انكشفوا عنه وانفرجوا ١٢ ع

لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم

يعني بينهم ١٢ ع

بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة

قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي روينا

اي محمد ١٢ عيني اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه ١٢

اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا

اي الدعوى على اولئك او على رجل منهم ١٢ لاردستہ بود بسپہ ١٢ لشكرگاه ١٢ م

بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية

بالفتح بيابان خالي از آب وگياه وصحراي فراخ ١٢ م الخيمة من الصوف ١٢ ع الخيمة العظيمة فكان اعظم من الخباء ١٢ ع

والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام

قتيل ١٢

الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر

العسكر ١٢ يجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى القاتلة وان يكون حالا اي القتال ١٢ عناية

ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر

التي اقام فيها العسكر ١٢

كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة رح خلافا لابي يوسف رح وقد ذكرناه **قال** واذا

اي القدوري ١٢ عيني

قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يمين لاسقاط

يعني لا يسقط اليمين منه بقوله قتله فلان ١٢ ع

الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار

يعني قتله فلان ١٢ قوله ١٢

مستثنى عن اليمين فيقع حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة

مستحلف ١٢ اي القدوري ١٢ عيني

على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا

رجل ١٢

بعرضة ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم

كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر

تقبل شهادته في تلك الحادثة ١٢ اي بيتهم

منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية

له قوله وقالا تقبل لانهم كانوا الخ المفتوى على قولهما كما اشار اليه صاحب تقريرات الرافعي على رد المحتار حيث قال نقل عبد الحليم عن الدرر ان ما قاله الامام اظهر وما قالاه احق اه قال واشار بقوله احق ان قولهما ارجح فانظره ١٢ تقريرات الرافعي ص ٣٣٩ ج ٢

بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من
هذا الجنس **قال** ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه
لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا والشاهد يقطعها عن نفسه فكان
متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم
اخبروا انهم عرفوا القاتل **قال** ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة عادون النفس ولا
قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش ولنا ان الجرح اذا اتصل بالموت صار قتلا
ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون
الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا مع جرح به رمق حمله انسان الى
اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف وفي
قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد
ذكرنا وجه القولين فيما قبله من مسألة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته
على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه لان الدار في
يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على
ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على
عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم

والتنوير وفيه بحث لابن الكمال ذكرته ثمه وفي الحقائق لو وجب المكاتب قتيلا في دار نفسه لا يجب شيء انتهى
فهو هدر ١٢ ملتقى الابحر ص ٦٨١ ج ٢ ويعلم من هذا ان الفتوى على قولهم ١٢

ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما

مذبوحا قال ابو يوسف رح يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله

الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رح ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم

ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رح

القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال

ابو يوسف رح القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة

والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة

متحققة قال المتاخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لانا انزلناها

قائلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب

الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك

اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة

والعاقلة الذين يعقلون بعلي يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل

في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا

فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه

العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه

له قوله كتاب المعاقل الخ الاصل في ايجاب الدية على العاقلة في الخطاء وشبه العمد قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روي في حديث حمل بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للاولياء المضاربة فدوه قال اخرجها عمران بن عويمر (يتبع ٦٤٢)

واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم
لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم
مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ
من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في
الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي
الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من
الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل
النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعقل وفي عهد عمر رضي الله عنه قد
صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيها
هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي
عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج
في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث او اقل اخذ منها لحصول المقصود
وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية
قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى
ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معنا في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع

كتاب المعاقل

الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل
كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك
الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه
عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل
للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا
يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء
بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب
الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال
ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل
قال وتقسيم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص
منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رح في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من
جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة
او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهما او درهما وثلث درهم وهو الاصح قال
وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف
ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم
بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم
لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلث او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند

الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية
اى بالنسبة الى الاقارب والقبائل الاخوة ونظائرهم ١٢

ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك
حزب بالفتح رسيدن چيزى بكسى سخت وشوار چيزى بركسى ١٢ م ٥٣ ه

الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي
تهذيب الاية ١٢

بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار
وهى واجب من غير عوض ١٢ فان الزكوة صلة ١٢ نصف دينار ١٢ وهى تجب فى مائتى درهم ١٢

ولكنا نقول هى احط رتبة منها الا ترى انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا
الدية ١٢ دية ١٢

لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية فى ارزاقهم فى ثلاث
اى سوم حصه ١٢

سنين فى كل سنة الثلث لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما
اى الرزق والعطاء ١٢

صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج فى كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ
اى

منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج فى كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ
الرزق ١٢ اى دية

منه سدس الدية وان كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصة من الشهر حتى يكون
الرزق ١٢ اى يؤخذ الدية بحصتها من الشهر من كل الرزق ١٢

المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك
الرزق ١٢ اى اكثر من الشهر ١٢ اى دية ١٢

الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق فى كل شهر واعطية فى كل سنة فرضت الدية فى
اى بحصة يوم او اكثر من الشهر ١٢

الاعطية دون الارزاق لانه ايسر لان الاعطية اكثر ولان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء
من الارزاق ١٢ والاخذ منه يؤدى الى الاضرار بهم ١٢

منه والعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة
اى القدورى ١٢ يعنى

فيكون فيما يؤدى كل واحد منهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومواخذة غيره وقال الشافعي
القاتل ١٢ قاتل ١٢

لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب
الكل ايجاف به كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة
بان يكون سنة ورا ١٢ ماكلة ١٢

(بقية ٦٤٣) ايجاف به واستئصال فيكون بمنزلة العقوبة وقد سقطت العقوبة عنه للعذر ففى الشرع
اليه العاقلة لرفع معنى العقوبة عنه وكذلك فى شبه العمد باعتبار ان الآلة آلة التأديب ولم يكن فعله محظورا
محضا ولهذا لا يجب عليه القصاص فلا يكون جميع الدية عليه فى ماله لرفع معنى العقوبة عنه ١٢ المبسوط ص ١٢٧ ج ٢٧

وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رض
لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته
والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة
وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف
الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه
وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه
السلام رضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر
ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصر
اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم
اذا احزنهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة و
ديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه فالحاصل ان الاستنصار بالديوان
اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب
على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من حصول مسائل العاقل ومن جنى جناية من اهل المصر و
ليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك
المصر ولم يشترطا ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن
اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يختصون باهل
العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه

جلد ٤ كتاب المعاقل

له قوله عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر الخ وعلى هذا يخرج كثير من مسائل العاقل منها اخوان ديوان احدهما بالبصرة وديوان الآخر بالكوفة لا يعقل احدهما عن صاحبه وانما يعقل عنه اهل ديوانه ومن جنى جناية من اهل البصرة وليس له في اهل الديوان عطاء واهل البادية (بقية ٦٤٦)

من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت
القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر
مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل
البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل
معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا
احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر
موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي
بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت
فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي
بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرهم
ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان
اختلفت ملهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت
ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع
التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي
بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رح يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال
انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل والقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل

هم الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم وقيل اذا لم يكونوا قريبا لا يعقلونه وانما يعقلونه اذا
كانوا قريبا له وله في البادية اقرب منهم نسبا (بقية ٦٤٧)

عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء
اى عن القاتل ١٢ دم من اهل البصرة ١٢

لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
على اهل الكوفة ١٢ الى اهل البصرة ١٢ يعنى وان كان بعد القضاء ١٢ ع

بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم
بان مات بعضهم ١٢ ك

حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المتحملين بما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل
اى فى الضم ١٢

مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على اهل البصرة
فى ديوان الكوفة ١٢

ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل
الى اهل البصرة ١٢ دية ١٢

قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم
وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين
اى عدم التحول ١٢

ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم
لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم وعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى
من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال
العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول
الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال
وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة لهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لان ولاءه يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه
اى العقد بين ما يتبنى
خلاف الشافعي رح وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل
من ان الشافعي رح يقول ان الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ١٢ العاقلة ١٢

جلد ٤ كتاب المعاقل

(البقية ٦٤٦) لان والوجوب بحكم القرابة واهل المصاهرة منهم مكانا مكانات القدرة على النصرة لهم
وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة اه الى ان للولى الابعد ان يزوج اذا كان الاقرب غائبا غيبة

نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون
ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف
في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال
الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي
او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما روينا وبما روي انه عليه السلام
اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه
يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في
مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف
الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية
عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم
ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث
سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت
بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على
عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبها العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة
عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء و
تصادقهما حجة في حقهما خاصة الا ان يكون العاقلة اعطاه معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته

كتاب المعاقل

لـ قوله في الحاشية الرقم ٢ وهو قوله عمدا ولا صلحا ولا اعترافا الخ اقول الجواب محل الكلام اذ للخصم ان يمنع

لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم **قال** واذا جنى الحر على العبد
اي القدوري ١٢ عيني

فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي
في فصل الكلام الجناية على العبد ١٢

الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وهادوا النفس
القيمة ١٢ الشافعي ١٢ وعندنا ينقص من دية الحر عشرة دراهم ١٢

من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه
الشافعي ١٢

تحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رح ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية
اي في اول فصل بعد باب جناية المملوك ١٢ ع

في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك و
نصرة ١٢

لهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رح
رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف
والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد
في كتاب المعاقل ١٢

الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان
العاقلة على مال ١٢ وجوب اي اذا قتل هو رجلا فالدية على عاقلة الام ١٢

عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين
من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم
لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب وصح
فانه نفى الولد عن نفسه اولا حتى تحقق اللعان بينهما ثم اكذب نفسه وقال ان هذا الولد مني ١٢
ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون
وهو اب ١٢ اي على عاقلة الاب
في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل
اي تبرك مال واف لاداء بدل الكتابة ١٢
عنه قوم امه ثم ادى الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت
اي عن ذلك الابن الجاني ١٢ اي فانه يرجع قوم الام على قوم الاب ١٢ ع اي ولاء عبد المكاتب ١٢
حرية الاب وهو اخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم
اي ذلك الوقت ١٢

كتاب المعاقل

(بقيه ٦٤٩) كون معناه ما ذكر ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا الصيغة المجهول ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول ايضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت المقتول لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزامي ١٢ تكمله فتح القدير ص ١٣ ج ٨

فيرجعون عليهم وكذلك رجلٌ امرصبيًّا بقتل رجلٍ فقتل فضمنت عاقلة الصبي الدية

رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره

في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب

مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة

والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء

بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وان ظهرت

حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها

او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت

القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على

الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان

اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل

متاملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال

زوال ملكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى

الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا

واجبة على احد ممن لم يرثه واستدلوا بقوله تعالى كتب عليكم (بقية ٦٥١)

عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على
وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ولو انقضى البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي
شرح الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت
باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من
بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق
عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم وقال
حيث اجبتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا
وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى **قال** ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول
النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير
بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم
وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب
بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق
به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما بيناه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية
من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث **قال** الا ان يجيزها
الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال
حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته
بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان المسامحة تلاشى غاية

(تتمة ٦٥٠) اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا يكون فرضا وقال

الا مر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلا الشيخ لان
الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة
قبله فالرضا بابطال الحق لا يكون رضا بابطال الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث
واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا
وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس
من شرط القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان
مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث
وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا و
عنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلنا ولو اجازتها الورثة تجاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لانه نفع بطلانها يعود اليهم
كنفع بطلان الميراث ولانهم يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحد قال ولا تجوز لوارثه لقوله
عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتأذى البعض بايثار
البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا

(بقية ٦٥١) بريد الوصية فيما ان يبيت الليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده راجع تاي و الهداية ان الوصية مشروعة لنا لا علينا قال عليه الصلوة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم

(بقية ٦٥٣) اعمالكم زيادة في اعمالكم وضعوه حيث شئتم او قال حيث احببتم والمشروع لنا ما لا يكون

او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت
بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من
الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار
قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم
ولو اجاز بعضهم ورد بعضهم تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد
قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن
الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات
ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول
الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حياته او ردها فذلك باطل لان ثبوت حكمه بعد
الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان
بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم
بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى
امر تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على
القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء
والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة
على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل

(بقية ٦٥٢) فرضا او واجبا عليا بل يكون مندوبا بمنزلة النوافل من العبادات
ثم التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع في حالة الحياة وذلك احسان مندوب اليه
كذا الا التبرع بالوصية بعد الموت واما الآية فقد اتفق اكثر اهل التفسير (بقية ٦٥٤)

فی هذا الوجه یخیر لاشتمال کل منهما علی فضیلة وهو الصدقة او الصلة فیخیر بین الخیرین

الموصی ۱۲

قال والموصی به یملک بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولی الشافعی وهو قول الوصیة

ای القدوری فی مختصره ۱۲ غن ای التی کہ وصیت باو کرده باشد ۱۲

اخت المیراث اذ کل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث یثبت من غیر قبول فکذلک الوصیة

من المیت ۱۲ ای انتقال الملک من المورث ۱۲ من الوارث ۱۲

ولنا ان الوصیة اثبات ملک جدید ولهذا لا یرد الموصی له بالعیب ولا یرد علیه بالعیب

لا بطریق الخلافة ۱۲

ولا یملک احد اثبات الملک لغیره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتی یثبت فیها هذه

الاحکام فیثبت جبرا من الشرع من غیر قبول **قال** الا فی مسألة واحدة وهو ان یموت

من رد المعیب بالبائع المورث ورد المشتری علی الوارث ۱۲ ای القدوری فی مختصره ۱۲ غن

الموصی ثم یموت الموصی له قبل القبول فیدخل الموصی به فی ملک ورثته استحسانا والقیاس

ان تبطل الوصیة لما بینا ان الملک موقوف علی القبول فصار کموت المشتری قبل قبوله

بعد ایجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصیة من جانب الموصی قد تمت بموته تماما

لا یلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصی له فاذا مات دخل فی ملکه کما فی البیع المشروط

ان شاء رد وان شاء اجاز ۱۲

فیه الخیار للمشتری اذا مات قبل الاجازة **قال** ومن اوصی وعلیه دین یحیط بماله لم

فیتم البیع ویکون المبیع لورثة المشتری ۱۲

تجز الوصیة لان الدین مقدم علی الوصیة لانه اهم الحاجتین فانه فرض والوصیة

تبرع وابدأ بالاهم فالاهم الا ان تبرئ الغرماء لانه لم یبق الدین فتنفذ الوصیة

الموصی ۱۲

علی الحد المشروع لحاجته الیها **قال** ولا تصح وصیة الصبی وقال الشافعی تصح اذا

سواء مات قبل الادراک او بعده ۱۲ ای القدوری فی مختصره ۱۲ غن

کان فی وجوه الخیر لان عمر رضی الله عنه اجاز وصیة یفاع او یافع وهو الذی راهق

یفاع ۱۲ الذی لم یبلغ الحلم ۱۲

الحلم ولانه نظر له بصرفه الی نفسه فی نیل الزلفی ولو لم تنفذ یبقی علی غیره ولنا انه

ای القرب عند الله تعالی ۱۲

تبرع والصبی لیس من اهله ولان قوله غیر ملزم وفی تصحیح وصیته قول بالزام قوله

تبرع ۱۲

(بقیة ٦٥٣) علی ان ذلک کان فی الابتداء قبل ان ینزل آیة المیراث ثم انتسخ وتکلموا فی ناسخه وکان ابو بکر الرازی رحمه الله تعالی یقول انما انتسخ بقوله من بعد وصیة یوصی بها او دین فانه نص علی المیراث بعد وصیة منکرة فلو کانت الوصیة للوالدین والاقربین ثابتة بعد نزول هذه الآیة (بقیة ٦٥٥)

والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازاً او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه

وذلك جائز عندنا وهو يجري الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر

النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا

وصيته وان كان يتفق نافعاً في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك

لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصيته لقصور

اهليته فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما

مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه **قال** ولا تصح وصية المكاتب

وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا تصح وعندهما تصح

ردها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فيملك والخلاف فيها

معروف عرف في موضعه **قال** وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر

من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة

في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد

بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه

شيئاً واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبانها

اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى

قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً

كتاب الوصايا

(بقية ٦٥٤) لذكر الارث بعد الوصية المصرفة لان تلك وصية محضورة وهذا قول الشافعي رح ايضاً بناء على مذهبه انه لا يجوز نسخ الكتاب بالسنة والرازي كان لا يجوز نسخ الكتاب الا بخبر المتواتر واكثر مشائخنا رحمهم الله تعالى يقولون (بقية ٦٥٦)

ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل
بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه
اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز
للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في
كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع
قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً اما الصريح فظاهر وكذا
الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل
الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله
الموصي كان رجوعاً وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في
الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار
يبنى فيها والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون
الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها
وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى به فهو رجوع كما اذا باع
العين الموصى بها ثم اشتراها او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعاً
وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للضرر الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلاً ايضاً وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريراً
قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون

رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولهذه
ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود
لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون
رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان
فهو حرام ربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال
فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط
كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم
اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وان لم يكون
رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر
ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي
فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما لانه
يضيق الثلث عن حقهما اذ لا تزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في
سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى

(بقية ٦٥٦) بدء الكتاب به ورواه عن ابي قلابة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للوصية لوارث وفي بعض الرواية قال
الا ان يجيزه الورثة وفي هذه الزيادة بيان ان المراد نفي الجواز لا نفي التحقيق ومن ضرورة نفي الجواز (بقية ٦٥٨)

لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق
الثلث عن حقيهما فيقسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار
ثلثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر
بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث
بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصى قصد شيأين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ
لها بحال فبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه
كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون
اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف
ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه
يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق
بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف
المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة

قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول
وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن

ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح تجوز في الاول ايضا فنظر الى الحال والكل
ماله فيه وجوابه ما قلنا قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص
عن السدس فيكمل له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب
احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا
لاسيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه
عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله
عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا
قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة
فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من
ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة
لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل
السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي
لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا
اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث
غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال
زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى منه على

كتاب الوصايا جلد ٣

(بقية ٦٥٨) فكان الارسال من الراوي المعروف دليل شهرة الحديث اما الحديث الذي رواه مغوشا فيما تعم به البلوى والوجوب

الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس
الواحد يمكن جمع حق احد في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفي جمع والق الوصية
مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه
لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما **قال** ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت
الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك
المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلثة من
رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة
وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد
ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور **قال** ومن اوصى لرجل
بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه
امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين
وكل ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث في تخصيصه
بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير
مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه **قال** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا
عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها
كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان

كتاب الوصايا

الوصيّة عنده صحيحة لعمرو فلم يرض الحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصيّة للميّت لغوٌ فكان راضيًا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيدٍ وعمرو وزيدٌ ميّت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث

قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالًا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصيّة عقد استخلافٍ مضافٌ الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالًا لما بيّنا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصيّة باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذٍ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاةٍ ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصيّة باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءًا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده

له قوله ولو قال له شاة من مالي الخ اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له الا يكون له غنم ١٢ تكملة فتح ص ٤٥٠ ٨٢٠

ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند
اي لامهات اولاده ثلثة اسهم وللفقراء سهم وللمساكين سهم ١٢ اي المصنف ١٢

ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله
اي روي عن محمد في غير الجامع الصغير ١٢ من الفقراء والمساكين ١٢

ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رح
ان المذكور لفظ الجمع واداؤه في الميراث اثنان بخلاف ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات
اي لفظ الفقراء والمساكين ١٢ ولو صحت اجتهادا ١٢ من الفقراء والمساكين ١٢

الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى
فيعتبر فيه عدد رؤسهن فان عدد هن محصور ١٢ عن اي الفقراء والمساكين ١٢ اذا لم يكن ثمة معهود ١٢ عن

مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فيبلغ الحساب خمسة
لا ترى ان من حلف لا يتزوج النساء وحنث بنكاح امرأة واحدة ١٢ عن من الفقراء والمساكين ١٢

والثلثة للثلاث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
اي الثلثة الاولاد ١٢ اي محمد في جامع الصغير ١٢ عن اي ثلث ماله ١٢

عندهما وعند محمد رح ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى
اي ثلث الثلث ١٢

مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى
محمد ١٢ اي في الجامع الصغير ١٢ عن

لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة
اي الثالث ١٢ فيما اوصيت لهما به ١٢ عن

للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم
المساواة ١٢ اي الثلثة ١٢

ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة ولاخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن
اي وجد الاشراك ١٢

تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف
اي الثلثة ١٢ اي مساواة الثالث ١٢ من الاولين ١٢

نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه
اي بقوله اشركتك ١٢ عن اي محمد في الجامع الصغير ١٢ عن فيما قال ١٢ عن

معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق
اي ثلث مال الموصي ١٢

لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا
وصيته ١٢ وهو مفقود لانه مات ١٢ بالاقرار ١٢

للشرع لان المدعي لا يصدق ولا حجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان
لا امر بتصديق المدعي من غير حجة مخالفة للشرع ١٢ يعني من جميع الوجوه ١٢ ع

كتاب الوصايا

قول الشيخين كما في الصفحة ٢٠١

انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد
يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته
فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا
فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة

قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة
لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم
وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الذي
خصاما وعسا هو يختلفون في الفضل اذا دعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده
من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه
فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان التركة
شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق
في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف
على ما جرى بينه وبين غيره **قال** ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية
وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الا يصله به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في
الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل
للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل
وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي

ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكمه فقصر في حق من يستحقه منهما اما الاقرار
اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه
خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي
شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث
حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر
بقاء ويبطلانا قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى لكل واحد
لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها هو والورثة يجحدون ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم
ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك وكان المستحق
مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين
الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب
الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا
حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا
حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل
ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا
ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال واذا كانت الدار
بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي
فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له

(بقية ٦٦٣) لبقاء شيء من الثلث في ايديهم فتأمل اقول ليس هذا الكلام صحيح اما اولا ينبغي ان لا يحلف الورثة
(بقية ٦٦٥)

وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح

وقال محمد رح مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها

مشتركة فنفذ الاول وتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ

الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب

الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل

ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا

قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية

بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما

يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك

يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في

نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود

الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير

كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان

جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه اولان مراد الموصى من ذكر

البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه

جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير اولا لانه اراد التقد

على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد بطلاق
المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب
غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة
اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله فيضرب الموصى له بخمسة اذرع
نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة
سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان وللورثة تسعة ولو كان مكان
الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله والفرق له ان الاقرار بملك
الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك
الغير لا تصح حتى او ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ **قال** ومن اوصى من
مال رجل آخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز
وله ان يمتنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا
فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان
الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا
اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي **قال** واذا اقتسم الابنان تركة
الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده
وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله

جلد
كتاب الوصايا

له لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح ١٢ مجمع الانهر ص ٧٠٤ ج ٢

لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف
ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا
بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون
مقرا بتقديمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا
ان يسلم للورثة ثلثاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر ايضا
فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية
فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في
الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قائمة
مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا
من الثلث ضمن بالثلث في اخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رح
وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير
عين صورة وقال رجل له ست مائة درهم وامة تساوي ثلث مائة درهم
فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلث مائة درهم قبل القسمة
فالموصى له الام وثلث الولد عندهما وعنده له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا
ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق
فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه وللتبع
لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز

له قوله وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع الخ قال صاحب التسهيل اقول معنى فصل اقرار المريض
ان ابنه لو اقر باخ مجحده اخره الآخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لانه اقر بالمساواة
(بقية ٦٦٨)

بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا
فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن
الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت
قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر
ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حالة الوصية **قال** واذا اقر المريض لامرأة
بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت
الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر
من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني
يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك
ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد
الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند
عدم الدين تعتبر من الثلث **قال** واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان
ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث
تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت
الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار

لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر
اى صدور الاقرار ١٢

في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح
من المبسوط ١٢ — عبده ١٢ — مقر ١٢ — مولى ١٢

لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة
فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت
في الحال ١٢

بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول
هو من لا يقدر على القيام ١٢ غن

ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه
اى صار بحال لا يخاف منه الموت ١٢ غن

ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض الحادث
فيعتبر تصرفه من الثلث ١٢ ع

وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب
اى الفالج والسل وامثالهما ١٢

فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو
اى القدوري في مختصره ١٢ غن

معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله
اى النسخ مختصر القدوري ١٢

جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها
ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك
تطوعا ١٢ ع — الى الموت ١٢ — بالمال ١٢

ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم
فيعتبر من الثلث ١٢ غن

فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال
اى الايجاب — اى وان كان الايجاب — اى الموت

صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه
اى لم يضفه الى ما بعد الموت ١٢ غن

حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض
صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال وان جاني ثم
اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم جاني فهما سواء
وقالا العتق اولى في المسألتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من
اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض
والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان
الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس
الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه
الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي
واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة
يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى
لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة
ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل
الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا جاني ثم اعتق ثم جاني

قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها و
بين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين
العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق
اولى بكل حال **قال** ومن اوصى ان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق
عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصيته بحجة حج عنه بما بقي من حيث يبلغ
وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة رد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه
وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق
لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك
لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل
وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسألة
بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة
عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير
دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه **قال** ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته
مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في
مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة
الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه **قال** ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية
ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى

فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع
فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء في ماله لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد
طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر
فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث
اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له
البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان
العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه
العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا
والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات
للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل
شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق في الصحة
لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال
ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال
صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق
في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب
السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال

كتاب الوصايا

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيسند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء

فصل

قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس

يقدم بعض الواجبات على البعض **قال** وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما
بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى
وما كان للعبد فما اصاب القربة صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب
ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة
في نفسها مقصود فيتفرد كما ينفرد وصايا الآدميين **قال** ومن اوصى بحجة الاسلام
احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه
من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه
لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه **قال** فان لم تبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها
فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن
فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يحج عنه من حيث بلغ استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة
وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من
اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف
الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

كتاب الوصايا

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رح وقالا هم الملاصقون وغيرهم
اي القدوري في مختصره ١٢ عن — قربت الابواب او بعدت ١٢ عن

ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة
وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع صرف
الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد زاد
بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان
رواه الدارقطني عن ابي هريرة ١٢ — اي علي رضي الله عنه ١٢ تاج الشريعة

المقصد بر الجيران واستجابة يتنظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند
اي مقصد الموصي من الوصية لهم ١٢ — اي غير الملاصق ١٢ — الى الاربعين ١٢

اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف
من الجوانب الاربع ١٢ — هذا قول البعيد ١٢

قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل
جار ١٢

فيه العبد الساكن عنده لا طلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن
اي في الجار ١٢ — امام ١٢ — الجار ١٢ — مولى ١٢

قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام
اي القدوري في مختصره ١٢ عن — اصهار ان باعتبار ١٢

لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون
اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد ابي عبيدة رح وكذا يدخل فيه كل
ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار
ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية
وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو
شرط عند الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه
اي القدوري في مختصره ١٢ عن — عليه

وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج
المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل **قال** ومن اوصى لاقاربه
فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك
للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى
اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على
حسب ما اختلف فيه المشايخ رح وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك
الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم
بحقيقته مواضع الخلاف ولان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب
فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية
تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل
فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا
وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد
والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند
يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى **قال** واذا
اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث
وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف
الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية

اهل الكوفة ١٢ — اي الاشتقاق ١٢ — اي القدوري في مختصره ١٢ عن — اي الاشتقاق ١٢ — اي وصيت — اي ذكر او اشتى ١٢ عن — من جهة الاب والام ١٢ ع — اي وصيت ١٢ — وان لم يسلم ١٢ — اي زيادة ١٢ — اي القرابة ١٢ — اي قصر ١٢ — اي لازم ١٢ — اي احسان ١٢ — اي هذه التسمية ١٢ بقدر ما في ٢ — اي ظاهر لفظ القرابة ١٢ — اي ترك لفظ قرابة

حيث قال وقول الامام هو الصحيح كما في تصحيح القدوري والدرر والمنتقى ١٢ ص ٤٨٥ ج ٥

كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ
للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا
ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى
والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب قيقا او كافرا وكذا
اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ
جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف **قال** ومن اوصى
لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من تعولهم وتضمهم
نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين وله
ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم
تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل
القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت
ولو اوصى لاهل نسبه او جنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء
وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون
من جانب الام والاب ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لارامليهم
ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق
التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم
لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي

كتاب الوصايا

جلد

لا قوله فهي على زوجته عند ابي حنيفة الخ المغترى ايضا على قول الامام كما اشار اليه صاحب ملتقى الابحر حيث قال قلت

تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم
لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ
عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة
وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى
الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة
اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة
لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان
بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس من ادبها اعيانهم اذ
هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاؤهم
قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم
الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
لانه لما نص على لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه
وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية
لهم جميعا وذكره في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا لان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى
مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم
عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف
لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه

ان الجهة مختلفة لان المولى الاعلى منعم والمولى الاسفل منعم عليه بخلاف الاخوة لان اسم الاخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد وهو المتفرع من اصله فصار الاسم عاما لا مشتركا ١٢ ك

جلد
كتاب الوصايا

ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده

لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم

قبله وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له

مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان لموالي

وأولاد موالي وموالي موالات يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعن

أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد

يقول الجهة مختلفة في المعتق لأنه منعم وفي الموالي عقد الالتزام والاعتياق لازم فكان

الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة بخلاف موالي أولادهم

لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجده منه وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن

اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي

الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه

موالي أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بموالي له لا حقيقة ولا مجازا وإنما يحرز ميراثهم

بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء والله أعلم بالصواب

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا لأن

المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون

محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف

على حكم ملك الواقف فتجوز موقتاً ومؤبداً كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية
بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت
رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة
وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً لان حقه في الثلث وحقهم
في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا
الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث
حيث تقسم عين الدار اثلاثاً للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية
بينهما زماناً وذاتاً وفي المهايأة تقديم احدهما زماناً ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث
الزمان تجوز ايضاً لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا
ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان ظهر ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر
ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث
وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه
قال فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصى اوجب الحق للموصى له
ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها
ابتداء من ذلك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له
في حياة الموصى بطلت لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل

حديث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال ابو يوسف ويرشد اليه ايضاً ان شمس الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيه القياس والاستحسان (بقية ٦٨١)

ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك
لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او
دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في
حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم
من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار
وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او
غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك
ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل
اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير
الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم
ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع
للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم
ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا
للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها
بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير
عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له
ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه

(بقية ٦٨٠) يقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية وسراج الدراية
فالعجب من ذلك البعض انه لم يطلع على رواية تجويز ابي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين معا مع كونها مذكورة
في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب انه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومقاصد قلة التدبير

الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من
مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة
السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة
داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة
لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة
ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه
يقول الموصى له شريك الوارث والشريك ذلك فكذلك الموصى له الا انا نقول المطالبة
بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما لا قسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار
وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر
برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة
لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه
الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة
بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة
لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها
نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى
لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى

قوله فان الانفراد للبيان فحالة الانفراد وحدها كالا يخفى على من له ادنى مسكة ٣ تكملة فتح ص ٨٢٤٣

ولا شئ لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين
عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد
بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رح ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان
مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان
مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول
سواء كما في وصية الرقبة والخدمة لمحمد رح وان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك
اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه
ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية
بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا
عن الاول كما اذا اوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة
وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له
فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه
اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم
مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته
فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل و
الفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد
لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة تنتظم الموجود

له قوله وان اوصى له بغلة بستانه الخ اوصى بغلة ارضه ولا شجر فيها ولا مال له غيرها توجر ويعطى
صاحب الغلة ثلث الاجر ولا فيها شجر يعطى ثلث ما يخرج منه ولو اشترى الموصى له البستان ÷

جلد ٣ كتاب الوصايا

÷ هذا الموضع من بلغات الصحاح ص ٤٩١ ج ٥

وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه
وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد
بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد **قال** ومن اوصى لرجل بصوف غنمه
ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن
وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت
فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك
المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع
اما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد
ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها
بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا
بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية
فلا تصح عندهما **قال** ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره
بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله
ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين **قال** وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين

جلد
كتاب الوصايا

له قوله باب وصية الذمي الخ اقول اكثر ما ذكر في هذه الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاكل على الاكثر غير معقول والاظهر ان يقال لما كان لبعض وصايا الكفار احكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة و اخره لخساستهم ١٢ تكمله فتح القدير ص ٨٥ ج ٤

جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة
وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير
المعصية ولابي حنيفة رح ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فنجوز
بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية
اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة
وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان
يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى
حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرز لتعلق
حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لانه وضع
لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على
مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها
ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان
تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه
ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج
او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة
ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس

جلد ٢ كتاب الوصايا

له قوله ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون الخ قالوا هذا فيما اذا اوصى بالبناء في القرى اما في الامصار فلا يصح بلا خلاف ذكره الكرماني والمراد من القرى ما ليس فيه شيء من شعائر الاسلام والانكار الامصار ذكره القهستاني والبرجندي ١٢ ملتقى الابحر ص ٧١٧ ج ٢

او يغير الترك فهو من الروم وهذا جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية
بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في
حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم
الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق
الوصية بمنزلة المسلمين لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد
فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها
لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى
لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث حق الورثة وهذا ينفذ باجازتهم
وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار
الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي
على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام
فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز
لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه
في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز
لانه مستامن من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام
على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته
لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات

كتاب الوصايا

جلد ٤

(فرع) الوصية الطلقة لا تحل للمغني وان عمت ولو خصصت به او بقوم مخصوصين

ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي
اى مخالف الدين ١٢ اى لمراى حربي
في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى
اى بغير علم الموصي ١٢ عن ليقال اوصى الى رجل اى جعله وصيا ١٢ عن
لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرده
اى الموصي له ١٢ الوصي ١٢ وهو اضرار لا يجوز ١٢
بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك
الموكل ١٢ الموكل ١٢
لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للوصي ولاية الزامه التصرف
الموكل ١٢
ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء
ذكره على سبيل التفريع ١٢
قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمه
لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء
اى بيع الوصي شيئا من التركة ١٢ عن
علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة
بينة ١٢
لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم
اى حال الموت ١٢ الوصاية ١٢
كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع
لا يصح من غير علم ١٢ وهو الموكل ١٢
الشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل
اى في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي ١٢
ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل
لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضررا بالوصي في الابقاء مجبورا بالثواب ودفع
الاول وهو اعلى واولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه
حين قال لا اقبل ١٢ عن اى مختلف فيه

الوصي يصير مغرورا من جهته ١٢ القنية ص ٦٢٠١٣٧

كتاب الوصايا جلد ٤

له قوله باب الوصي وما يملكه الخ لا ينبغي للرجل ان يقبل الوصية لانها امر على خطر لا روى بن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه قال الدخول في الوصية اول مرة غلط والثانية خيانة والثالثة سرقة وعن بعض العلماء لو كان

اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر
عنه وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه
فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي

قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم
وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رح في الاصل ان
الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه
باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل
ايضاً لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد
حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية
العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر
على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم
غيره مقامه اتماماً للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال وهذا
يصلح عذراً في اخراجه وتبديله بغيره **قال** ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار
لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق
الوصاية فلا يفيد فائدة وان كانوا صغاراً كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا
تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع
ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية

جلد كتاب الوصايا

له قوله وقيل قول محمد مضطرب فيه الخ نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع ابي يوسف رح ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع ابي يوسف رح اولا واشار الى وقوع رواية اخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا اعتبار فيه ١٢ تكمله فتح القدير ص ٤٩٢ ج ٨

للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار
هذه تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد
بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم
ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية
قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله و
تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى **قال** ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه
القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه
لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى
يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي
عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا
قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم
الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية
من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان
في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له **قال** ومن اوصى الى
اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رح دون صاحبه لان الاشياء معدودة
بينهما ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء

لان الوصاية سببها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح
للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا
للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الآباء اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة
فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض
وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف
الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق
لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للموصي ولهذا
يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول وفي حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى لان ولاية التصرف
لهما فاذا تصرف واحد حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف
الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي
ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه لان في التاخير فساد
الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا
ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون
لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ
المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصيته
بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حق الميت لان الاجتماع
فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات

كتاب الوصايا

(نسخة ٦٨٩)

* لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضي ١٢ ملتقى الابحر على هامش مجمع الانهر ص ٢٠ ج ٢

ولانه يملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوي والتلف
لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع
في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي
الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة
لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد فقيل ينفرد
كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذ وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رأى ابو
وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تنعقد فان مات
احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر لما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا
آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفا
في حقوقه وذلك يمكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف
وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق
حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف
ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المتبقي كما رضي المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر
فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول
اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل
الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه

كتاب الوصايا

فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في
التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية
قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان
الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي
الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى
يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء الوارث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون
خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له
ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا
لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند
غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان
الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة
فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة
ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له
بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من
ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل يحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا
للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصى ولو
افرز الموصي بنفسه مالا يحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه

وصية الذي قام مقامه ولأبي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها
واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولأبي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل المقصود بها وهو تأدية الحج
فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم الى الجهة
المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصر الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال** ومن اوصى
بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية
صحيحة وهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا للاسيا
في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب
وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل **قال** واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من
الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان
كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة
والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق
الاستسعاء اما ههنا فبخلافه **قال** ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين
فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة
عليه وهذا عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ
الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع
عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع
في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان المرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث

له قوله ويرجع في جميع التركة الخ هكذا في الشروح المعتبرة والفتاوى المتفقة كما في الدر المختار حيث قال وضمن وصي ما باع لما اوصى ببيعه وتصدق بثمنه لما استحق العبد لعدها لك ثمنه اي ضياعه ÷

وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبدا فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خير اليتيم جاز وهو ان يكون مليا اذ الولاية نظرية وان كان الاولى ملا لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادتي في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا

كتاب الوصايا

له قوله ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الخ الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى حيث علم من صنيع صاحب منتقى الابحر حيث قدم قوله كما في الصفحة ٧٢٤ ج ٢ وايضا صاحب الهداية اخر دليله

قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسنا لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه **قال** ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد له وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم **قال** والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم عليه والاب في التصرف لما بيناه **فصل** في الشهادة **قال** واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضائه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي **قال** وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر

له قوله ولا يتجر في المال الخ نعم يجوز ان يتجر لليتيم في الدرر والتنوير قلت وينبغي ان يحمل عليه عبارة

لانهما يجران الى انفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة ولو شهد الوصيان لوارث صغير
بشيء من مال الميت وغيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في
المشهود به **قال** وان شهد لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا ان شهد الوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية
التصرف في التركة اذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة ولانه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية
بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية
وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها **قال** واذا شهد رجلان
لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بعشرة آلاف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح لا تقبل في الدين ايضاً وابو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رح وعن ابي يوسف رح
مثل قول محمد رح وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة
ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين
بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق المشاركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة **قال** ولو شهدا انه اوصى
لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد لم تجز
الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله

جلد
كتاب
الوصايا

له قوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد الخ الفتوى على قولهما حسن اشار اليه — صاحب شرح المجلة وفي التكملة عن الفتح رجل ادعى انه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال او وارثان لذلك الميت او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او وصيان فالشهادة جائزة استحساناً الخ ص ١٠٢٨ شرح مجلة الاحكام لسليم رستم —

وشهد للمشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد

الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى

للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه **قال** واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام

وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول

وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي

والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو

العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحه وقالا

ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل

في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس تدل على القوة لانه قد يكون للاتساع

في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا

مرجح **قال** واذا بلغ الخنثى وخرجت لحيته او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم

الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل

له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات

النساء وان لم يظهر احد هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين

له قوله فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة الخ ثم ان ابا حنيفة رحه الله تعالى استقبح الترجيح

وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال** واذا وقف خلف الامام قام بين صف
الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال
رجل فيفسد صلاته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان قام
في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه
صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة
ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان
امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته
ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه ويتبتاع له امة
تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه
رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال
ابتاع له الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا اختتنه باعها ورد ثمنها
في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف
قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة او يسافر من غير محرم
من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان
كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهي
امرأة الخنثى من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول
ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الخنث لا يثبت بالشك

ولو قال كل عبد لي حر وقال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما
قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل
او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا
ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل
ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة ويتيمم
بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر
او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى تقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره
واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف
الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع
رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما
حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان كان يجعل على
السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب
الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد
زادوا على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة
اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير
ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشيعي واختلفوا
في قياس قوله قال محمد رد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة

جلد
كتاب
الخنثى

وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث
عند الانفراد والخنثى ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا بضرب
بثلثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة وللمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين
وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي
حال المال يكون بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة
فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف
فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة
ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به
وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك
في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه
ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا وامّا واختا لاب
وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام
الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل
النصيبين فيهما والله اعلم بالصواب

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له اتشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من
ذلك وما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في
الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارض كالخنثى والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة

والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس
بين الاخرس ومنقل اللسان ١٢
دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط
اى انعقال اللسان ١٢ تصريح
جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي
فلا يتقاسان في الابدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومئ ايماء يعرف به فانه
اى محمد في الجامع الصغير ١٢ عينى
يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها
اى حد القذف خاصة اذا كان مقذوفا ١٢
من باب بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة
اى البعد ١٢
الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب
مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم
اى معهودا كالكتابة المعهودة في زماننا على القراطيس ١٢
كالكتابة على الجدار او وراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين
تنويه سپردن كار بجاى بر نيت ديگرى ١٢ من اى الكناية القولية كقولك انت بائن واشباهه ١٢ عنايه
كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة
في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك ولانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ
اى النكاح وغيره ١٢ اى هذه الاحكام ١٢
وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحد ولانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات
اى بفعل يدل على القول كالتعاطي ١٢ ع
ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط
اخرس ١٢
ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي
الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا
اى في الشهادة والاقرار ١٢ اى ان الوطي الحرام مطلقا انما هو الزنا ١٢ ك
لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي
حق العبد اما الحد والخالصة لله تعالى شرعت زاجرا وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة

وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يحتاط فيه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى النطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة وذلك المسألة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رح انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق كمن اثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كان المذبوحة اكثر تحري فيها وكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى غير ان يتحرى لانه طريق يوصل الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تمت

مسائل شتى

قوله هذا اذا كانت الحالة الخ ان كانت الغلبة للحال بان كانت المسالح بهذا الطريق جاز له التناول منها الا ما يعلم انه ميتة فالسبيل ان يوقع

قوله بغلبة الحلال ولون الحرام له ١٢ المبسوط لشمس الائمة السرخسي ص ١٩٦ ج ١٠

ربنا تقبل منا انك انت السميع العليم وتب علينا انك انت التواب الرحيم . وصلى الله تعالى على خير خلقه محمد وآله وصحبه اجمعين برحمتك يا ارحم الراحمين آمين - ٩ رمضان يوم الخميس ١٤١٣ھ

خاتمة الطبع

حمداً لمن منه الهداية وصلوة على من هو لعطشان الهداية سقاية وعلى آله وصحبه لمرتاد الدراية

اما بعد فيقول المفتقر الى رحمة ربه القوي ابو الحسنات **محمد عبد الحي** اللكنوي ان الهداية شرح البداية

كتاب يهتدي به الطلبة ويعتمد على رواياته الكملة لم يأت فقيه بعد مصنفه الا اعتمد عليه ولم يجئ نبيه بعده الا استند

اليه ومن ثم تراهم يتداولونها بايديهم خصوصا النصف الاخير منه ويتدارسونه فيما بينهم ولما رأى الوالد العلام

والاستاذ القمقام مولانا **محمد عبد الحليم** ادخله الله دار السلام ان الناس في تحصيله كالجاري في

الصحار تراهم في دراسته وتدريسه لكونه مشتملا على جواهر نفيسة تحت عباراته ودقائق لطيفة تحت اشاراته

سكاره وماهم بسكارى توجه الى تصحيحه وتحشيته فصحح اولا نسخة بمقابلة سبعة من النسخ المطبوعة والمكتوبة

عمدتها نسخة انزل مهبطا لانظار العلماء ومنظرا لابصار الفضلاء منهم مولانا المرحوم الشيخ **عبد الحليم**

الانصاري اللكنوي ومنها ابنه ابو جد جد جد استاذ الاساتذة مولانا **قطب الدين** ومنهم ابنه

الكاملين مولانا **نظام الدين** ومنهم ابو جد جد مولانا المرحوم المفتي **محمد ولي** ومنهم ابنه

محمد ظهور الله رحمهم الله ومنهم حفيده جد مولانا **محمد امين الله** ثم زينها بالحواشي المفيدة

والتعليقات اللطيفة والتي استمد بها في التحشية بين الحواشي والشروح **النهاية** ورمزها **ن** **الكفاية**

ورمزها **ك** **والحميدي** ورمزها **حميدي** **ومعراج الدراية** **ونهاية الكفاية**

وغاية البيان ورمزها **غن** **والعناية** ورمزها **ع** **والبناية** ورمزها **عيني** **وفتح القدير** ورمزها **ف**

ونتائج الافكار ورمزها **نت** وربما يكتب **نتائج** **ونصب الراية** **لاحاديث الهداية**

ورمزها **ت** وربما يكتب **زيلعي** **حاشية** الشيخ عبد السلام ورمزها **اعظمي** **حاشية**

خاتمة الطبع وفيها رموز الكتب المأخذة

السيد ميرجان الحيدرآبادي ورمزها س وترجمة الهداية باللغة الفارسية ورمزها ترجمه
وغيرها ومن التفاسير معالم التنزيل والجلالين وغيرهما ومن الكتب الفقهية
الأخر شرح الوقاية وذخيرة العقبى ورمزها چلپي وشرح النقاية لعلي القاري ومجمع الرموز
ومجمع الأنهر والدر المختار ورد المحتار والدرر والكافي ورمزها كف ومختصر الطحاوي
وشرحه للإمام الإسبيجابي ومختصر الكرخي ورمزها مخ وتبيين الحقائق ترجمة شرح الوقاية
ورمزها تر والمصفى والفصول العمادية وفتاوى قاضيخان والعالمكيرية ومجمع البركات
ومنح الغفار وغيرها ومن كتب الأصول قمر الأقمار وغيره ومن كتب اللغات المغرب واصطلاحات
السيد الشريف والبرهان القاطع وتاج اللغات ورمزه تج وغياث اللغات ورمزه غت وتاج المصادر
ورمزه تا وتاج القاموس ورمزه ق ومنتهى الإرب ورمزه من وقلما كتب مب والمنتخب ورمزه م والصحاح ورمزه
صح وكنز اللغات ورمزه ك وقلما كتب كن وغيرها ثم نسخت منها نسخة وطبعت في المطبع العلوي مرة
أولى سنة ١٢٨١ ثم في المطبع المصطفائي خمس مرات إلى سنة ١٣٠٣ فنظرت أصلها نظرة ثانية وزدت على ما كان
زيادة لا تخلو عن فائدة وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلوة على سيد المرسلين

خاتمة صاحب هذه الخاتمة

قد استتب طبع هذه النسخة تحت إدارة العبد الأسى محمد عبد العلي المدراسي مرة سادسة
في مطبع أصح المطابع سنة ١٣١٢ ولكن محشيها العلام بعد تحرير هذه الخاتمة عاش سنة وحل
إلى دار السلام في أخر ليل يوم الاثنين من سلخ ربيع الأول سنة ١٣٠٤ ثلث عشرة مائة
وأربع من هجرة المصطفى وقلت أرخه من القرآن سلام على عباده الذين اصطفى ١٣٠٤ هـ

خاتمة الطبع وفيها أسماء الكتب الماخذ

عبد الواحد 29/10/2002